

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

**El delito de falsedad en los documentos sociales del artículo
290 del código penal**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

David Pavón Herradón

Directora

Pilar Gómez Pavón

Madrid, 2017

© David Pavón Herradón, 2015

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



**EL DELITO DE FALSEDAD
EN LOS DOCUMENTOS SOCIALES
DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:
David Pavón Herradón

Dirigida por:
Dra. D^a. Pilar Gómez Pavón

MADRID, 2015

Tesis que para obtener el título de Doctor en Derecho
presenta D. David Pavón Herradón,
bajo la dirección de la Doctora
D^a Pilar Gómez Pavón

MADRID, 2015

*A mi mujer Noela
y a nuestros hijos Noela, Catalina e Iago.*

Por todo su cariño, apoyo, comprensión y paciencia

ABREVIATURAS

ACP: antiguo Código Penal
ANCP: Anteproyecto de Código Penal
Art./arts.: artículo/artículos
ATS: Auto del Tribunal Supremo
BOE: Boletín Oficial del Estado
BORME: Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cap.: capítulo
CC: Código Civil
CCo: Código de Comercio
(CD): Compact disc
CE: Constitución Española
(CE): Comunidad Europea
CEE: Comunidad Económica Europea
CES: Consejo Económico y Social
Cit.: citada
Cfr.: confrontar/confróntese
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
Coord./coords.: coordinador/coordinadores
CP: Código Penal
DA: disposición adicional
DD: disposición derogatoria
DF: disposición final
DGS: Dirección General de Seguros
Dir./dirs.: director/directores

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua
DT: disposición transitoria
Ed.: editorial
Edit./edits.: editor/editores
Etc.: etcétera
Fasc.: fascículo
FD: Fundamento de Derecho
FGE: Fiscalía General del Estado
FJ/FF.JJ.: Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos
Ibídem.: allí mismo/en el mismo lugar/igual que la referencia anterior
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO: Ley Orgánica
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LSA: Ley de Sociedades Anónimas
LSC: Ley de Sociedades de Capital
LSRL: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MEC: Ministerio de Economía y Competitividad
MESS: Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Núm.: número
Ob. cit.: obra citada
P./Pp.: página/páginas
PANCP: Propuesta de Anteproyecto de Código Penal
PCP: Proyecto de Código Penal
PE: Parte Especial
PG: Parte General
RAE: Real Academia Española de la Lengua
RD: Real Decreto
RDL: Real Decreto Legislativo

RM: Registro Mercantil

RRM: Reglamento del registro Mercantil

SA: Sociedad Anónima

SL: Sociedad de Responsabilidad Limitada

Ss.: siguientes

STAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STJP: Sentencia del Juzgado de lo Penal

STC/SSTC: Sentencia (s) del Tribunal Constitucional

STS/SSTS: Sentencia (s) del Tribunal Supremo

T.: tomo

TC: Tribunal Constitucional

Tb.: también

Trad./trads.: traductor/traductores

TRLSA: texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

TRLSC: texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

TS: Tribunal Supremo

UCM: Universidad Complutense de Madrid

UE: Unión Europea

V. gr.: verbigracia, por ejemplo

Vid.: ver/véase

Vol.: volumen

VS: versus

VV.AA.: varios autores

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN.....	17
ABSTRACT.....	23
BIBLIOGRAFÍA DESTACADA.....	29
INTRODUCCIÓN.....	35

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL ECONÓMICO. NECESIDAD POLÍTICO CRIMINAL DE UNA EXPRESA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS SOCIETARIOS. APROXIMACIÓN AL DELITO DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL.....	39
---	----

1. APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y A LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICOS.....	39
2. LOS DELITOS SOCIETARIOS.....	58
2.1. Necesidad político criminal de su expresa regulación. Insuficiencia de las figuras tradicionales.....	58
2.2. Sobre el principio de intervención mínima en los delitos societarios.....	71
3. NECESIDAD DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL.....	82

4. EL CONCEPTO PENAL DE SOCIEDAD COMO DISPOSICIÓN COMÚN A LOS DELITOS DEL CAPÍTULO XIII DEL TÍTULO XIII DEL CÓDIGO PENAL.....	92
--	-----------

CAPÍTULO SEGUNDO

REFERENCIAS A LA REGULACIÓN MERCANTIL SOBRE EL DERECHO DE SOCIEDADES.....	101
--	------------

1. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO MERCANTIL Y TIPOS DE SOCIEDADES.....	101
1.1. El concepto de sociedad en el Derecho mercantil.....	101
1.2. Tipos de sociedades y otras entidades mercantiles.....	104

2. EL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR EN EL DERECHO MERCANTIL.....	124
2.1. La figura del administrador en el Derecho mercantil.....	124
2.2. Distinción del administrador de derecho y de hecho en el Derecho mercantil.....	128
2.3. Eficacia de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del administrador.....	133
2.4. Responsabilidad de los administradores y acciones de responsabilidad previstas en el Derecho mercantil.....	134

3. EL CONCEPTO DE SOCIO EN EL DERECHO MERCANTIL.....	136
---	------------

4. LOS DOCUMENTOS JURÍDICO-ECONÓMICOS EN EL DERECHO MERCANTIL.....	138
4.1. Breve referencia a los documentos sociales.....	138

4.2. Especial referencia a los documentos contables de las sociedades mercantiles.....	141
4.3. La contabilidad empresarial y los sujetos interesados en su veracidad.....	143
4.4. Sujetos responsables de la elaboración de los documentos jurídico-económicos.....	149

CAPÍTULO TERCERO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL.....153

1. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOCIETARIOS.....153

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL.....182

2.1. El artículo 290 del Código Penal como delito de falsedad documental.....	182
2.2. Análisis del bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal.....	199
2.2.1. La fe pública.....	201
2.2.2. La seguridad en el tráfico jurídico.....	206
2.2.3. El valor probatorio de los documentos.....	213
2.2.4. La funcionalidad de los documentos.....	219
2.2.5. El patrimonio y su seguridad.....	226
2.2.6. El derecho a la información completa y veraz, y el derecho a la veracidad de la información.....	232
2.2.7. Otros posibles bienes jurídicos.....	237

2.3. Recapitulación acerca del bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal.....	238
---	-----

CAPÍTULO CUARTO

TIPICIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL.....	245
--	------------

1. EL COMPORTAMIENTO.....	245
----------------------------------	------------

1.1. Interpretación del infinitivo “falsear”.....	246
1.2. Interpretación de las expresiones “ <i>deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad</i> ” y “ <i>de forma idónea para causar un perjuicio económico</i> ”.....	264
1.2.1. “ <i>Deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad</i> ”.....	264
1.2.2. “ <i>De forma idónea para causar un perjuicio económico</i> ”.....	270
1.3. El “perjuicio económico”.....	274
1.4. Tipo de delito en atención a la intensidad del ataque al bien jurídico.....	278
1.5. La condición objetiva de punibilidad contenida en el artículo 290.....	290
1.6. Tipo de omisión.....	314

2. SUJETOS ACTIVOS: EL ADMINISTRADOR DE DERECHO Y DE HECHO.....	329
--	------------

2.1. El administrador de derecho.....	361
2.2. El administrador de hecho.....	365
2.2.1. El concepto de administrador de hecho antes de la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la Ley	

31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.....	366
2.2.2. El concepto de administrador de hecho tras la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.....	382
2.3. Algunos de los supuestos dudosos discutidos por la doctrina.....	385
2.3.1. El promotor y el fundador.....	386
2.3.2. El auditor.....	389
2.3.3. El presidente de la Junta General y del Consejo de Administración.....	392
2.3.4. El secretario de la Junta General y del Consejo de Administración.....	393
2.3.5. El consejero delegado y el apoderado.....	394
2.3.6. El letrado asesor.....	399
2.3.7. El administrador judicial.....	400
2.3.8. El liquidador.....	402
2.4. Criterios de imputación.....	407
3. SUJETOS PASIVOS.....	417
4. LA CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL.....	420
5. OBJETO MATERIAL.....	423
5.1. “ <i>Las cuentas anuales</i> ”.....	424
5.2. “ <i>Otros documentos</i> ”.....	434
5.2.1. El concepto penal de documento.....	437
5.2.2. Delimitación de los documentos en el delito de falsedad contable.....	445

5.2.3. Discusión doctrinal acerca de los documentos susceptibles de conformar el objeto material del delito.....	459
5.2.3.1. Documentos que deban reflejar la situación económica.....	460
5.2.3.1.1. Informe de gestión y propuesta de aplicación del resultado.....	460
5.2.3.1.2. Los libros de contabilidad.....	467
5.2.3.1.3. Balances de carácter extraordinario y balances trimestrales.....	475
5.2.3.1.4. Balance e inventario inicial, informes periódicos y balance final de los liquidadores.....	477
5.2.3.1.5. El proyecto de fusión, de escisión y la transformación.....	479
5.2.3.1.6. Documentos exigidos por normativa específica.....	481
5.2.3.1.7. Actas, libro de actas y certificados de las actas.....	484
5.2.3.1.8. Informe del auditor de cuentas.....	486
5.2.3.1.9. Documentos, comunicaciones o informes sociales.....	487
5.2.3.2. Documentos que deban reflejar la situación jurídica.....	488

CAPÍTULO QUINTO

CONSUMACIÓN Y AUTORÍA.....	495
-----------------------------------	------------

1. MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN.....	495
--	------------

2. AUTORÍA.....	507
2.1. Delimitación de los supuestos de autoría en atención al deber del administrador.....	507
2.2. El problema de la autoría en el artículo 290 del Código Penal.....	517
2.2.1. Posible aplicación del artículo 31 del Código Penal.....	523
2.2.2. Posibilidad de apreciar una autoría mediata.....	525
2.2.3. Posibilidad de apreciar una coautoría.....	536
2.3. Breve referencia a los órganos colegiados.....	539

CAPÍTULO SEXTO

TIPICIDAD SUBJETIVA.....	543
---------------------------------	------------

1. EL DOLO EN EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE.....	543
--	------------

2. EL ERROR SOBRE LOS EMENTOS DEL TIPO.....	548
--	------------

CONCLUSIONES.....	551
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	577
--------------------------	------------

JURISPRUDENCIA.....	619
----------------------------	------------

INFORMES Y RESOLUCIONES.....	639
-------------------------------------	------------

RESUMEN

EL DELITO DE FALSEDAD EN LOS DOCUMENTOS SOCIALES DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL

PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo aborda el estudio de la figura de la falsedad en las cuentas anuales y/o en los documentos sociales cuya misión es reflejar de manera fiel el estado económico o jurídico de las sociedades mercantiles (artículo 290 del Código Penal).

Si bien existen un número aceptable de obras que hacen referencia a los delitos societarios en su conjunto, aunque en la mayoría ocasiones incardinados dentro de un estudio más amplio, referido a esa parte del Derecho penal que ha venido a denominarse Derecho penal económico, lo cierto es que en referencia concreta a la figura contenida en el artículo 290 del Código Penal, no existe amplia bibliografía ni ha sido objeto directo de estudio, salvo en contadas y casi diría que excepcionales ocasiones, y salvo artículos doctrinales, por descontado, de menor extensión que cualquier obra monográfica. Sucede que la doctrina científica, al analizar los delitos contenidos en el Capítulo XIII del Título XIII de la norma penal sustantiva, ha obviado en buena medida el delito de falsedad en los documentos sociales y se ha centrado, esta vez sí de manera prolija, en el estudio del recientemente suprimido delito societario de administración desleal del artículo 295, como consecuencia de la reforma del Código Penal operada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de

julio de igual año. Reforma normativa que, por cierto, no ha afectado al citado artículo 290.

La principal justificación acerca de la necesidad de este estudio, no radica, por tanto, en la reciente reforma del Código Penal, aunque como expondré a lo largo del presente trabajo, lo cierto es que ha existido otra reforma normativa que, al menos a mi modo de ver, sí ha podido incidir de manera decisiva en la concepción de algunos aspectos básicos de este delito societario; me estoy refiriendo a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, operada mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en vigor desde el 24 de diciembre de ese mismo año. Esta reforma extrapenal sí puede resultar, como digo, decisiva, en tanto que parece introducir un nuevo concepto de la figura del administrador de hecho, aproximándola –aunque más bien debería decirse equiparándola- a la construida y adoptada por la doctrina penalista y jurisprudencial, en referencia a ese mismo tipo de administrador, por lo que resulta preciso llevar a cabo el correspondiente análisis y el estudio sobre el posible alcance de esta nueva definición de administrador de hecho, cuestión todavía no abordada por la doctrina.

Al margen de esta modificación normativa, el análisis de esta figura delictiva requiere, además, analizar y resolver con carácter inicial, otros interrogantes que han girado y siguen girando en torno a la naturaleza que presenta la falsedad de las cuentas anuales, entre otros documentos susceptibles de conformar el objeto material del delito, lo que condicionará de forma decisiva la formulación que posteriormente se haga de este delito societario; concretamente, debe resolverse si nos encontramos ante un delito atentatorio contra el patrimonio o si, por el contrario, estamos ante un delito que afecta directamente al orden socioeconómico, e igualmente, si nos hallamos en presencia de un delito de falsedad o de defraudación.

También debe tenerse en cuenta que, tal y como se ha regulado este delito, todo hace indicar que el comportamiento típico tiene lugar a través de una falsedad ideológica cometida por particular sobre documentos mercantiles, lo que conforme a la previsión del artículo 392.1, en relación con el artículo 390.1, ambos del Código Penal, resultaría atípica. Aunque sobre este aspecto la doctrina ha sido más uniforme u homogénea en sus conclusiones, sin embargo debe esclarecerse, en la medida de lo posible, si esta aparente excepción es o no aceptable, de la misma forma que habrá de dilucidarse si está justificada o no la intervención de esta rama del Ordenamiento en orden a la protección directa de concretos bienes jurídicos, o si por el contrario la legislación extrapenal se muestra capaz por sí sola de otorgar a los mismos la debida protección, como sostiene buena parte de la doctrina.

Finalmente, no puede dejar de ponerse de manifiesto que se trata de un delito en relación al cual, la doctrina más autorizada no ha sido capaz de señalar de forma consensuada, entre otros aspectos, cuál es el bien jurídico protegido, si nos hallamos ante un delito de mera actividad o de resultado, si se trata de un delito de dominio del hecho o de infracción de deber, o si es posible su comisión mediante dolo eventual, por lo que resulta más que oportuno y de verdadero interés abordar el estudio de esta figura. A ello debe sumarse lo llamativo que resulta cómo la opinión de la doctrina jurisprudencial es, en determinados aspectos, radicalmente opuesta a la vertida por la doctrina científica de manera mayoritaria, como sucede por ejemplo en el caso de la identificación del interés inmediatamente protegido, algo que igualmente merece oportuna justificación.

La importancia de este estudio resulta además indiscutible, obviando ya el plano dogmático, si se tiene en cuenta tanto el momento histórico, social y económico en el que nos encontramos, como la relevancia que presentan en nuestros días las entidades mercantiles que participan de modo permanente en el mercado, al postularse como principales agentes económicos y financieros,

decisivos, pues, tanto en orden al correcto funcionamiento del tráfico jurídico, como de la economía de mercado y del sistema económico del País.

OBJETIVOS – CONTENIDO

Tal y como he señalado, la figura regulada en el artículo 290 del Código Penal, presenta importantes problemas desde un punto de vista dogmático, lo que indefectiblemente se traduce en problemas de índole práctica. A ello debe sumarse la reciente reforma de la Ley de Sociedades de Capital, y la nueva definición de administrador de hecho en el ámbito mercantil, circunstancia que obliga a llevar a cabo el correspondiente estudio de la institución y la evaluación de su posible alcance en relación con los delitos societarios en general, y con el artículo 290 del Código Penal en particular, teniendo en cuenta que hasta la fecha, el concepto mercantil de administrador de “facto”, de acuerdo con la opinión mayoritaria en la doctrina científica, no servía para dar respuesta a todos los supuestos en los que se produce la asunción de las labores de administración al margen del necesario y regular nombramiento o justo título.

De este modo, el objeto de la presente Tesis Doctoral consistirá en realizar un estudio dogmático del artículo 290 del Código Penal, mediante una interpretación sistemática, encuadrándolo dentro de los delitos socioeconómicos, con la finalidad de establecer su ámbito de aplicación mediante el estudio de los elementos típicos contenidos en el artículo 290 del Código penal.

METODOLOGÍA Y MEDIOS

Para la realización de este trabajo de investigación, partiré del estudio de obras científicas generales y especializadas en Derecho penal, y artículos de revistas científicas. De igual modo, al tratarse de una figura en la que aparecen remisiones normativas, así como instituciones propias de otras ramas del

Ordenamiento jurídico, también dedicaré algunas páginas al estudio de la normativa mercantil, fundamentalmente en lo que se refiere al papel del Registro Mercantil y a los efectos que se derivan de las inscripciones registrales, al concepto y a los tipos de sociedades, a las clases de documentos y a los conceptos de administrador de derecho y de hecho.

De la misma forma, además de los materiales legislativos, se analizará la posición de la jurisprudencia sobre los distintos aspectos y elementos de la figura delictiva objeto de estudio.

Por último, el trabajo se enriquece con aportaciones extraídas de diversas manifestaciones de profesionales del Derecho penal en foros académicos como Congresos o Seminarios.

CONCLUSIONES – RESULTADOS

El artículo 290 del Código Penal, no protege el patrimonio en contra de la opinión mayoritaria, sino la funcionalidad de los documentos, cuentas anuales y resto de los documentos que puedan considerarse objetos materiales del delito.

Consecuencia de lo anterior es su naturaleza de delito socioeconómico, en tanto en cuanto la finalidad de la norma es la protección del funcionamiento de las sociedades mercantiles, instrumentos básicos en una economía de mercado, lo que a su vez legitima el empleo del Derecho Penal.

El comportamiento típico consiste en falsear las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la imagen fiel de la sociedad, de manera idónea para causar un perjuicio económico, aunque su efectiva causación no es necesaria para la consumación del delito, actuando en el párrafo segundo del artículo 290

como una condición objetiva de punibilidad, no abarcada por el dolo del autor y que de “lege ferenda” debería desaparecer.

Objeto material del delito son las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la imagen jurídico-económica de la sociedad. Pero a pesar del empleo de esta cláusula abierta, los documentos vienen limitados por la exigencia de estar destinados a facilitar información pública, mediante el acceso al Registro Mercantil.

Sujetos activos del delito son los administradores de derecho o de hecho, que constituyen elementos normativos del tipo.

La consumación del delito tiene lugar cuando la falsificación accede al registro Mercantil, poniéndose en conocimiento público.

Al tratarse de un delito de infracción de deber, autor del delito será aquel al que le incumbe el deber previo extrapenal.

ABSTRACT

THE CRIME OF PROVIDING FALSE INFORMATION IN CORPORATE DOCUMENTS SET OUT IN ARTICLE 290 OF THE CRIMINAL CODE

PURPOSE OF THE RESEARCH

This thesis studies the notion of false information in annual accounts and/or in corporate documents whose function is to present a true and accurate statement of the financial or legal situation of companies (Article 290 of the Criminal Code).

Although a considerable number of research works analyse corporate crime in general, most of them form part of a broader study of the part of Criminal Law that has become known as Economic Criminal Law, and few specific studies have been made of the crime defined in Article 290 of the Criminal Code. This crime has only been analysed on exceptional occasions in legal research papers and longer monographic studies have yet to be made. The fact is that when analysing the corporate crimes set out in Chapter XIII of Part XIII of the Criminal Code, law researchers have tended to overlook the crime of falsehood in corporate documents and have instead focused, this time quite extensively, on the corporate crime of deliberate mismanagement set out in Article 295, which was recently abolished as a result of the reform of the Criminal Code (introduced by Organic Act 1/2015 of 30th March, which came into force on 1st July 2015), a reform that did not affect Article 290.

The main reason why a study of this kind is necessary therefore has nothing to do with the recent reform of the Criminal Code, although as I will be explaining during this thesis, there has been another change to the law which I believe has had a decisive effect on the way certain basic aspects of this corporate crime are conceived. I am referring to the reform of the Act of Capital Companies (*Ley de Sociedades de Capital* amended via Act 31/2014 of 3rd December, in force since 24th December 2014). This non-criminal law reform may, as I say, turn out to be decisive, to the extent that it introduces a new definition of de facto director, which it approximates to ('equates with' would perhaps be more appropriate) the definition constructed and adopted by theoretical and jurisprudential doctrine about this type of director. It is necessary therefore to analyse and study the possible scope of this new definition of de facto director, a question that has yet to be investigated in law research.

Leaving aside these reforms, any analysis of falsehood in corporate documents must begin by investigating and responding to other questions regarding the nature of falsehood in annual accounts and similar corporate documents referred to in the definition of this crime in Article 290. The results of this analysis will later have a decisive influence on the formulation of this corporate crime. In particular it is important to decide whether this crime is a crime against property, or on the contrary a crime that harms the socioeconomic order or perhaps a crime of falsehood or fraud.

It is also important to bear in mind that the manner in which this crime is regulated indicates that the typical criminal conduct involves an individual providing false information in corporate documents, which in accordance with the provisions of Article 392.1 in relation with Article 390.1 both of the Criminal Code would in fact be atypical. Although legal doctrine on this aspect has been much more homogeneous and uniform in its conclusions, it is important to clarify as far as is possible, whether this apparent exception is acceptable or not, in the

same way as it is important to decide whether or not the intervention of this branch of the legal system in the direct protection of certain specific rights enshrined by law is justified, or whether on the contrary, non-criminal law is capable by itself of granting these rights the due protection they require, as a substantial number of legal theorists argue.

Finally, we should not forget that this is a crime about which the most highly authorized doctrine has been unable to come to a consensus, among other things, as to which legal right is actually being protected. There are also doubts as to whether we are dealing with a crime of mere action or a crime of result, whether it is a crime in which the perpetrator participates actively in the deed or by contrast is one of breach of duty. Neither is it clear if it may be committed via temporary wilful misconduct, all of which makes the study of this crime particularly relevant and of genuine interest. It is also striking that the jurisprudential doctrine is in certain aspects radically opposed to that put forward by a majority of legal theorists, as happens for example in the case of identifying exactly which legal right is being protected by the law, something that must be fully analysed and explained.

Leaving aside the more theoretical aspects, the importance of this research is also undeniable in the current historic, social and economic situation, and given the importance these days of companies who participate permanently in the market, in which they are the main economic and financial agents, with a decisive role in the correct functioning of legal transactions and in the market economy and the economic system of the country.

OBJECTIVES - CONTENT

As explained earlier, the crime typified in Article 290 of the Criminal Code has a number of problems in terms of theory, which inevitably result in

problems of a practical nature. To this we must add the recent reform of the Act of Capital Companies and the new definition of de facto director in the business sphere, a fact that obliges us to carry out the relevant study of the institution and evaluate its possible scope in relation to corporate crimes in general and Article 290 in particular, bearing in mind that until now, according to most legal theorists, the concept of de facto director could not cover all the cases in which the work of directors is undertaken by people who have not been properly appointed to this position or do not have legitimate title.

The purpose of this pHd thesis will therefore be to carry out a theoretical study of Article 290 of the Criminal Code, by means of a systematic interpretation. We will approach it from within the framework of socioeconomic crime in order to identify its sphere of application by studying the typical elements it contains.

METHODOLOGY AND RESOURCES

I will be basing my research on the study of general academic works and others specializing in Criminal Law and on articles from academic journals. In addition, as this is a crime in which there are references to other laws and regulations, and to institutions that are typical of other branches of our legal system, I will also devote a section to the study of corporate law, especially in aspects referring to the role of the Company Registry and the effects of registrations in the Company Registry, to the concept of company and the different types that exist, to the types of documents and the concepts of de jure and de facto director.

In the same way, in addition to legislative issues, I will also be analysing the position of the jurisprudence as regards different aspects of the crime figure being studied.

Finally, my research will be enhanced with quotations from experts in Criminal Law made at academic forums such as Congresses and Seminars.

CONCLUSIONS – RESULTS

In opposition to the majority opinion amongst legal theorists, Article 290 of the Criminal Code does not protect property and instead monitors the correct functioning of the documents, i.e. of the annual accounts and other documents that may be considered the material object of the crime.

The crime's socioeconomic nature is a consequence of the above in that the purpose of the law is to protect the correct functioning of companies, basic instruments in any market economy, which in turn legitimizes the use of criminal Law.

The typical conduct in this case involves falsifying the annual accounts and other documents that must provide a true and accurate image of the company, a suitable way of causing economic damage, although the effective causing of said damage is not necessary for the commission of the crime, acting in paragraph two of Article 290, as an objective condition of punishability, not covered by the wilful misconduct of the perpetrator, a paragraph which by “lege ferenda” should disappear.

The material object of the crime is the annual accounts and other documents that should present an accurate reflection of the economic and legal situation of the company. But in spite of the use of this apparently broad, open definition, the number of documents affected is limited by the requirement that they provide information that is public, and can be accessed at the Company Registry.

The active parties in this crime are the de jure or de facto directors, who as such are essential elements of this type of offence.

The crime is actually committed when the false information reaches the Company Registry and becomes public knowledge.

As this crime is one of breach of duty, the perpetrator is the person upon whom the prior non-criminal duty is incumbent.

BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

- **ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.**, “¿Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en Derecho penal y Derecho societario?, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, año 2011, núm. extraordinario, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Madrid, 2011.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, “Los delitos societarios en el nuevo Código Penal”, en *Bacigalupo Zapater (dir.), Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005.
- **BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.**, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010.
- **CARREÑO AGUADO, J.**, *El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad den la información social. Una propuesta de revisión del artículo 290 del Código Penal*, Madrid, 2013.
- **DE SOTO CARNIAGO, J.J.**, “El falseamiento en la información social en las sociedades mercantiles”, en *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, 14-15, 1996-1997, Cáceres, 1997.
- **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995”, en *Del Rosal Blasco (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial. Empresa y Derecho Penal (I), Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.

- **DEL ROSAL BLASCO, B.**, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998.
- **DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.**, *Problemas generales de aplicación a los delitos societarios*, Sevilla, 2002.
- **ECHANO BASALDUA, J.I.**, “La falsedad en los documentos sociales del art. 290 CP: ¿delito de falsedad documental?”, en *Revista Vasca de la Administración Pública*, 87-88, Oñati, 2010.
- **ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C.**, “Delitos Societarios, de la Receptación y contra la Hacienda Pública. Artículos 290 a 310 del Código Penal”, en *Ganzenmüller Roig (dir.), Escudero Moratalla y Frigola Vallina (coords.), Colección de Comentarios al Código Penal de 1995, vol. 10*, Barcelona, 1998.
- **FARALDO CABANA, P.**, *El delito societario de falsedad en los documentos sociales*, Valencia, 2003.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, Valencia, 2015.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000.

- **FERNÁNDEZ PANTOJA, P.**, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, 1996.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “El caso del Banco Español de Crédito: Un «banco de pruebas» para la determinación del sentido de los delitos societarios”, en Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “Las falsedades en la documentación social en el ámbito de los grupos de empresa”, en Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “Los créditos bancarios y el Derecho Penal”, en Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, 1998.
- **FERRÉ OLIVÉ, J.C.**, “Falsedades en la información social”, en *Actualidad Penal*, núm. 44, Barcelona, 1998.
- **GARCÍA CANTIZANO, M^a.C.**, *Falsedades documentales*, Valencia, 1994.
- **GARCÍA CANTIZANO, M^a.C.**, *Falsedades Documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia, 1997.
- **GARCÍA CAVERO, P.**, *La responsabilidad penal del administrador de hecho: Criterios de imputación*, Zaragoza, 1999.

- **GARCÍA CAVERO, P.**, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otro particular”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2006, www.indret.com, último acceso el día 10 de julio de 2015, Barcelona, 2006.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, J.**, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996.
- **GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.**, “Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código penal”, en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996.
- **LARA GONZÁLEZ, R.**, “El falseamiento de la información social a través del informe de gestión”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra, 2002.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, 2011.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, 2014.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998.
- **MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F.**, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Zaragoza, 1996.

- **MORENO CHAMARRO, I.**, *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Madrid, 2005.
- **MOYA JIMÉNEZ, A.**, *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcelona, 2010.
- **MUÑOZ CUESTA, J.**, “El delito societario de falseamiento de las cuentas de la sociedad: relación con la falsedad documental. Estudio del art. 290 CP (RCL 1995, 3170)”, en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 4/2005 parte Comentario, Navarra, 2005.
- **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *La estafa de crédito*, Valencia, 1998.
- **PÉREZ VALERO, I.**, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Valencia, 2001.
- **RÍOS CORBACHO, J.M.**, “Algunas reflexiones sobre el delito del falseamiento de cuentas (art. 290 CP)”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, Navarra, 2005.
- **RÍOS CORBACHO, J.M.**, “Los delitos societarios: una aproximación al sujeto activo”, en *Revista Jurídica Región de Murcia*, núm. 26, Murcia, 1999.
- **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.**, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997.
- **RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.**, *Estudios de Derecho penal económico*, Navarra, 2009.

- **SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a.**, “Los Delitos Societarios”, en *Revista de Derecho de Sociedades. Colección de monografías*, núm. 6, Pamplona, 1996.
- **SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.**, *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, 2013.
- **SEQUEROS SAZATORNIL, F.**, “El alumbramiento de los delitos societarios: juicio crítico sobre la necesidad y oportunidad de su regulación”, en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 2004.
- **VILLACAMPA ESTIARTE, C.**, “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en Álvarez García (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), *La adecuación el Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia 2009.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el estudio del delito de falsedad documental en el ámbito societario, regulado en el artículo 290 del Código Penal, lo que obliga al estudio de los artículos 296 y 297 de la Ley penal sustantiva, que contienen disposiciones comunes a todos los denominados delitos societarios.

El primero de los preceptos citados, el 296, establece las condiciones de procedibilidad en estos delitos, que sólo serán perseguibles mediante denuncia del perjudicado, con las excepciones previstas en el mismo, que permiten calificar estos delitos como semipúblicos. El artículo 297 establece el concepto penal de sociedad a los efectos de los delitos societarios, concepto diferente al mercantil aunque alguna opinión doctrinal aislada equipara ambas definiciones.

La presente Tesis Doctoral se divide en seis capítulos.

El primero se dedica a la necesidad político-criminal de una expresa tipificación de los delitos societarios, así como a la realizar una aproximación al delito 290 del Código Penal. En él se analiza el Derecho penal económico, sus diferentes acepciones, y la legitimidad del empleo de esta rama del Ordenamiento en ese ámbito para posteriormente plantearse dicha cuestión en el campo de los delitos societarios y en el delito objeto de estudio. Llegando a la conclusión de la legitimidad del empleo del Derecho penal en el ámbito socioeconómico y, más concretamente, en el delito objeto de estudio.

El capítulo segundo se ha dedicado al estudio de la regulación mercantil sobre el Derecho de sociedades, abarcando el concepto de sociedad en el Derecho mercantil, así como los diferentes tipos de sociedades entidades mercantiles, el concepto de socio y los documentos jurídico-económicos en Derecho mercantil, haciendo especial hincapié en el concepto de administrador de derecho y de hecho en ese sector del Ordenamiento jurídico, estudio imprescindible para el conocimiento de los delitos societarios.

El tercer capítulo se dedica al estudio del bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal. El análisis parte de el de la unidad o diversidad de intereses jurídico protegidos en los diversos delitos societarios, para concluir que no existe uniformidad en el objeto jurídico de protección en estos delitos. A los efectos del estudio del concreto interés que se protege en el artículo 290, con carácter previo se han analizado las diferentes tesis formuladas en relación con el artículo 390 y siguientes del Código Penal, para a continuación, y ya que concibo el delito como de falsedad, proceder al análisis del bien jurídico en el 290, obteniéndose como conclusión que el mismo viene conformado por la funcionalidad de los documentos, interés jurídico diferente a la función probatoria que los mismos puedan tener.

El capítulo cuarto se dedica al estudio de la tipicidad objetiva. En el mismo se aborda el comportamiento típico, constituido por “falsear”, que se interpreta como cualquier tipo de maniobra tendente a adulterar los documentos que puedan conformar el objeto material del delito, y que puede llevarse a cabo, desde el punto de vista dogmático, por cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 390.1. A continuación se estudian las expresiones contenidas en el Código Penal “*deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*” y “*de forma idónea para causar un perjuicio económico*”. En cuanto a la primera, se concluye que sólo los documentos llamados a hacer pública “*erga omnes*” la situación real de la empresa, tanto desde la perspectiva económica como jurídica,

son aptos para configurar el objeto material del delito, cuestión que posteriormente es objeto de profundo análisis en la Tesis; baste decir ahora que son aquellos susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil. En cuanto a la segunda expresión, por idoneidad entiendo no exclusivamente la mayor probabilidad de que un hombre medio fuere inducido a actuar erróneamente por engaño, esto es, como efecto de la alteración del documento, sino que además es preciso que esa idoneidad venga referida a que tal engaño resulte adecuado para que, una vez producido, pueda originar un perjuicio patrimonial. En cuanto al “*perjuicio económico*” señalado en el precepto, no se configura como un elemento subjetivo del injusto, sino que se trata objetivamente de un elemento descriptivo de la tipicidad; el perjuicio debe ser valuable en dinero, excluyéndose que pueda presentar otra naturaleza diferente a la patrimonial, pudiendo consistir en un detrimento patrimonial tanto por su efectiva disminución, como por su no incremento.

En atención al bien jurídico protegido y al contenido de injusto, el delito del artículo 290 del Código Penal, es de resultado lesivo, ya que la alteración supone la destrucción del interés jurídico protegido, es decir, de la funcionalidad del documento.

Consecuencia de todo lo anterior, es calificar el párrafo segundo del artículo 290 del Código Penal como una condición objetiva de punibilidad, ya que realizada la falsedad idónea no depende de la voluntad del autor la producción del perjuicio económico. Condición objetiva de punibilidad que no se justifica ni en un mayor merecimiento ni en una mayor necesidad de pena, por lo que de “*lege ferenda*” debería desaparecer.

En este capítulo cuarto se estudian igualmente los sujetos activos y pasivos. El sujeto activo sólo puede ser el administrador de derecho o de hecho, configurándose como un delito especial propio. Es de destacar que tras la

aprobación de la modificación de la Ley de Sociedades de Capital en diciembre de 2014, tiene lugar una aproximación entre el concepto legal de administrador de hecho en el ámbito mercantil y el elaborado por jurisprudencia y doctrina en el campo penal.

En el objeto material, al que ya he hecho referencia, se analizan las cuentas anuales y los diferentes documentos mercantiles sobre los que ha girado el debate doctrinal, en cuanto a su idoneidad para que puedan ser objetos materiales del delito.

El capítulo quinto se dedica a la consumación y autoría. A la consumación ya me he referido en líneas anteriores, y la autoría se soluciona desde la naturaleza de delito de infracción de deber del artículo 290 del Código Penal.

El sexto y último capítulo se dedica a la tipicidad subjetiva, destacando la suficiencia del dolo eventual.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL ECONÓMICO. NECESIDAD POLÍTICO CRIMINAL DE UNA EXPRESA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS SOCIETARIOS. APROXIMACIÓN AL DELITO DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL

1. APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y A LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS.

Las actuales legislaciones penales tipifican hechos que se consideran atentatorios del orden económico y que configuran una parte de este Ordenamiento que se conoce como Derecho penal económico o socioeconómico¹. Este conjunto de normas jurídicas penales que sirven para

¹ Por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 36, al exponer cómo el concepto de Derecho penal económico no es unívoco. En origen se definía como “*el conjunto de normas penales protectoras de la actividad interventora del Estado en el orbe económico, concretamente las normas penales tributarias, de contrabando y las relativas al control de los cambios*”, configurándose por tanto como un Derecho penal económico administrativo de carácter secundario en tanto que el Ordenamiento penal intervenía de forma mediata para la protección de determinados bienes jurídicos, reforzando las normas e instituciones propias del derecho administrativo. Posteriormente, el Proyecto Alternativo alemán de reforma del Código Penal de 1977, además de esta concepción estricta de Derecho penal económico, incluyó “*aquellos delitos relativos al más uso de instrumentos necesarios para la buena marcha de la vida económica, como la falsificación de balances, publicidad engañosa, prácticas restrictivas de la competencia, etc.*”. Y “*la conexidad de estos delitos con otros más cercanos a las lesiones patrimoniales, llevó a los autores de este proyecto alternativo a extender el contenido del Derecho*

dotar de protección al orden económico o, al menos, ciertas parcelas de éste, como se tendrá ocasión de analizar, para la mayoría de la doctrina no constituye un Derecho penal diferente y autónomo, sino que “*se presenta como una parte del Derecho Penal que se aglutina en torno al denominador común de la actividad económica*”². En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³ “*nada autoriza a hablar de un Derecho penal sustancialmente diferente en el caso de que el objeto de estudio venga caracterizado por su proyección sobre el aspecto económico o socioeconómico. Por consiguiente, el intitulado «Derecho penal económico (o socioeconómico)» se halla regido por los mismos principios jurídico-penales que el Derecho penal común u ordinario y encauzado a través de idénticas instituciones dogmáticas*”.

Aunque ésta sea la opinión mayoritaria, no puede obviarse, como continúa diciendo el citado autor, que por un sector doctrinal se propugne una verdadera autonomía científica de esta parte del Derecho penal⁴. Y así, “*se postula de lege ferenda por parte de algunos un tratamiento diferenciado, en la medida en que las diversas instituciones dogmáticas elaboradas por la teoría penal, permitan llegar a soluciones jurídicas distintas a las que se sustentan en el Derecho penal común*”⁵.

penal económico más allá de sus propios límites conceptuales”, carácter expansivo que hizo cambiar la nomenclatura original de los delitos económicos, pasando a denominarse socioeconómicos o contra el orden socioeconómico.

² BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 38; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, p. 11.

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, 2014, pp. 77 y ss.

⁴ La autonomía científica que defienden algunos autores, no debe ser confundida o identificada con una mera autonomía legislativa, la cual, en cualquier caso, no se produce en el Derecho positivo español.

⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PG) cit., p. 79. Expone el autor que mientras que en ocasiones simplemente se producen correcciones o matizaciones a determinadas

Sea como fuere, al margen de las anteriores consideraciones, y sin perjuicio de volver sobre ello posteriormente, lo cierto es que se trata de una parte del Derecho penal que concentra una serie de delitos que comparten concretas peculiaridades y problemas específicos –si bien no únicos de estas figuras-, suficientes todos ellos como para poder ser objeto de un estudio separado del resto del Derecho penal, tradicionalmente denominado como clásico o nuclear, lo que en modo alguno conlleva o puede llevar a afirmar que se trate de un Derecho penal independiente o que sea una parte del Derecho penal que goce de autonomía científica. De hecho, lo cierto es que la posibilidad de un estudio separado no es ni tan siquiera una característica exclusiva de este grupo de delitos.

Los defensores de esa autonomía científica se apoyan en el hecho de que el legislador penal haya ido incorporando nuevos delitos, distintos a los que configuraban el Derecho penal tradicional, en el contexto de un fenómeno de expansión de esta parte del Derecho, que ha supuesto en ocasiones llevar al límite principios jurídico-penales de imputación y estructuras dogmáticas pensados para las figuras tradicionales, y que en algunos casos pasan por corregir meras instituciones ya existentes y en otros por crear nuevos principios jurídicos de imputación⁶. Precisamente, sobre el citado fenómeno de expansión del

instituciones penales tradicionales, en otras ocasiones se llegan a idear nuevos principios jurídico-penales de imputación distintos a los tradicionales.

⁶ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PG) cit., p. 79; el mismo, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, p. 21. Resulta obligado asimismo, hacer referencia a la idea contraria al fenómeno expansivo; así, por todos, el propio MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PG) cit., pp. 80 y ss., al recordarnos que “frente a la idea de expansión se ha ido gestando otra idea contraria, que consiste en propugnar una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar –según algunas versiones particulares de la teoría- a un regreso a la situación existente en el momento del nacimiento del Derecho penal clásico, circunscrito a la tutela directa de bienes altamente personales y del patrimonio”. Según este pensamiento, “se pretende restringir la selección de bienes jurídico-penales a aquellos bienes que se califican de «clásicos», en la medida que se articulan sobre la base de la protección de los derechos básicos del individuo”, y asimismo, “se

Derecho penal, algunos autores se han mostrado críticos; así BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, quienes además consideran que nos encontramos ante un Derecho penal económico que habita en la frontera con un Derecho penal represivo y utilitarista, lo que significa una peligrosa situación para el Derecho penal de la democracia, afanada en llegar a todos los rincones del comportamiento antisocial al margen de los fines preventivos y retributivos⁷.

Más bien parece que la discusión debería centrarse, ya no en la posibilidad de un estudio separado de los delitos que conforman el Derecho penal económico frente al Derecho penal tradicional, sino esencialmente en la legitimidad del empleo de este sector del Ordenamiento jurídico. En este sentido, todavía en el momento actual subsiste la polémica acerca de la legitimidad del empleo del Derecho penal para la protección de intereses colectivos, al menos de algunos de ellos. Y en relación con los delitos socioeconómicos en particular, se ha dicho por parte de la doctrina que los intereses que se protegen mediante alguna de las figuras, ya encuentran protección en otros sectores del Ordenamiento, de tal forma que no sería preciso acudir, al menos en primera instancia, al Derecho penal para la tutela de tales intereses⁸.

trata de respetar a ultranza todas las reglas de imputación y todos los principios político-criminales de garantía característicos del Derecho penal «clásico» o de la Ilustración". En relación con el fenómeno de expansión o reducción del Derecho penal, la mayoría de la doctrina se ha mostrado tendente al primero de ellos.

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, pp. 29 y 30. Entienden dichos autores que, además de concurrir en el Derecho penal económico el fenómeno expansivo señalado, igualmente se produce su instrumentación política, lo que ha venido conociéndose bajo la expresión de *Derecho penal simbólico*, cuya finalidad "*no es precisamente la de proteger bienes jurídicos ni a la de ser aplicado al autor del hecho delictivo... sino la de serenar ansiedades consiguiendo así provecho político*".

⁸ Así por ejemplo ROCA AGAPITO, L., "Lección 24ª. Delitos societarios", en Álvarez García (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), VV.AA., *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Valencia, 2011, p. 708, que en referencia a algunos de los delitos societarios, pone de manifiesto la suficiencia de la protección dispensada en relación a los mismos por otros sectores del Ordenamiento jurídico. En igual sentido SUÁREZ GONZÁLEZ, C., "Delitos societarios", en Bajo Fernández, (dir.), VV.AA., *Compendio de Derecho penal (Parte especial), Volumen II*, Madrid, 1998, p. 574.

Dicho lo anterior, para poder opinar sobre la legitimidad del empleo del Derecho penal, es preciso conocer, primeramente, qué es lo que se protege y cuál es la finalidad de la norma y, una vez conocido lo anterior, analizar la corrección del empleo de esta parte del Derecho.

En cuanto al primer aspecto, qué es lo que se protege y cuál es la finalidad de la norma, es necesario hacer una distinción entre el bien jurídico que de una forma directa pretende protegerse por la misma, a través de cada figura concreta, y el bien jurídico mediato que trasciende en cada una de ellas, esto es, el bien jurídico que conecta con la finalidad objetiva de la norma o la razón que motivó al legislador para llevar a cabo una regulación concreta. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁹ expone con claridad la diferencia existente entre el bien jurídico inmediato y el bien jurídico mediato, afirmando que el primero de ellos *“sirve para reflejar la institución del bien jurídico protegido en sentido técnico, en tanto que elemento básico de todo delito”*, mientras que el segundo *“se vincula a la llamada <<ratio legis>> o <<finalidad objetiva de la norma>> y que, dicho sintéticamente, expresa las razones o motivos que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento”*.

Siguiendo la opinión del anterior autor como soporte expositivo¹⁰, mientras que el objeto de protección directa o bien jurídico protegido en sentido dogmático, se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva, el objeto de protección indirecta o mediata, no. Y, asimismo, dado que el bien jurídico dogmático no ha de identificarse necesariamente con la finalidad objetiva de la norma o las razones del legislador en su labor de creación normativa, sólo en

⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, pp. 90 y ss.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 90 y ss.

determinadas ocasiones coincidirán ambos tipos de bienes jurídicos. Bienes jurídicos en sentido inmediato y mediato, que presentan su propia y particular relevancia, ya que mientras que el primero es el principal elemento a la hora de *“descubrir el sentido y finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada interpretación teleológica”*, el segundo, aun a pesar de su menor trascendencia, incide *“en el adecuado cumplimiento de otras funciones que se asignan al bien jurídico”*, como la político-criminal sobre la posible creación o supresión de delitos, o la sistemática sobre la clasificación y sistematización de grupos de delitos, entre otras.

Esta distinción entre el bien jurídico inmediato o dogmático y el bien jurídico mediato o la finalidad de la norma, resulta muy clara en el caso de los delitos contra el orden socioeconómico, y conecta directamente con el concepto de Derecho penal económico que se abordará a continuación, en relación al cual podría distinguirse un concepto estricto de otro amplio. En el caso del Derecho penal económico en sentido estricto, como podrá comprobarse, habrá coincidencia entre el bien jurídico que se protege de forma directa y el bien protegido de forma mediata, dicho de otra manera, entre el bien jurídico protegido y la finalidad de la norma o las razones del legislador para su regulación, ya que mientras éste último (el bien mediato) será, al menos, como también se verá, una parte del orden socioeconómico, aquél (el bien inmediato) consistirá igualmente en alguna parcela del citado orden, de donde se deduce el carácter supraindividual del bien protegido desde ambas perspectivas; y por su parte, en el caso del Derecho penal económico en sentido amplio, sus figuras penales protegerán de forma directa, ya un bien individual, normalmente de carácter patrimonial, ya uno pluriofensivo, mientras que la finalidad de la norma será preservar alguna parcela del orden socioeconómico, un bien supraindividual.

En relación con esta distinción y estos caracteres, *“siempre ha existido una gran inseguridad en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de señalar*

en determinadas figuras delictivas cuál es el bien jurídico inmediato y cuál el bien jurídico mediato. Y la cuestión se complica todavía más si se repara en la circunstancia de que, si bien el objeto jurídico mediato será siempre supraindividual en la esfera de los delitos socio-económicos, el objeto jurídico directamente tutelado podrá ser individual o supraindividual”¹¹.

En mi opinión, averiguar qué se protege directamente en cada una de las figuras delictivas que se integran en el llamado Derecho penal económico, requerirá, como en cualquier otra figura penal, de un estudio concreto y minucioso del tipo en cuestión. Y conocer la finalidad de la norma o la razón que movió al legislador para llevar a cabo la regulación de cada una de las figuras, será lo que permita conocer la legitimidad del empleo del Derecho penal para proteger determinados intereses, cuyo origen se encuentra en otras partes del Ordenamiento jurídico. Sólo una vez que se conozca este bien jurídico mediato, podrá analizarse la corrección del empleo de esta parte del Derecho, esto es, si los bienes así protegidos son lo suficientemente relevantes como para que haya de producirse la intervención del Derecho penal, teniendo en cuenta, en este sentido y a tal fin, la posible insuficiencia de los medios protectores que ofrece el Derecho privado.

En correspondencia con lo anterior, y como he adelantado, es preciso exponer en relación al concepto de Derecho penal económico, cómo ha venido distinguiéndose por la doctrina un concepto estricto y otro amplio¹², coincidente

¹¹ *Ibidem.*, pp. 92 y 93.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho... cit.*, pp. 35 y ss., quien, partiendo de la doctrina alemana, enunció ya en 1978, el concepto estricto y amplio de Derecho penal económico; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, pp. 11 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, pp. 32 y ss.; el mismo, *Derecho penal económico y... (PG) cit.*, pp. 99 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios”, en Vives Antón, Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac y Martínez-Buán Pérez, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2010, pp. 516 y 524; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo

con los dos tipos de intervenciones que se producen en la economía de las sociedades modernas, al menos en las de nuestro entorno: la que tiene origen en el propio Estado, esto es, la intervención estatal o administrativa que se produce en la economía del país, entendida como forma de ordenación del sistema económico, y que en palabras de MUÑOZ CONDE se trata de “*aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado*”¹³; y la que

de dinero”, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, tomo I, Madrid, 1996, p. 828.

En referencia a la doctrina alemana, como pone de manifiesto VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 21, Santiago de Compostela, 1998, p. 311, TIEDEMANN, K. (*Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I*, Allgemeiner Teil, Hamburgo, 1976, pp. 50 y ss., citado por la anterior autora) distinguió un concepto limitado y otro amplio de Derecho penal económico. El Derecho penal económico limitado vendría a coincidir con “*la protección del orden económico estatal o, si se prefiere, como el derecho estatal de dirigir la economía con el fin de proteger los objetivos de la planificación estatal*”; y el Derecho penal económico en sentido amplio, se identificaría “*con la regulación de la producción, fabricación y reparto de bienes económicos*”. Vid. el concepto de Derecho penal económico en TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Valencia, 2010, pp. 55 y ss.

Además de la concepción estricta y amplia, existe una concepción criminológica de la delincuencia económica, que abarca a posibles sujetos activos (comerciantes, empresarios, etc.) y pasivos (especialmente en el caso de los consumidores), en relación a los cuales debe poder ampliarse el concepto de Derecho penal económico. Así BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 13, para los que el concepto estricto del Derecho penal económico y del delito económico, supone una evidente discrepancia con la concepción criminológica de la delincuencia económica, que abarcaría a autores de hechos muy distintos.

Por su parte, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos... cit.*, pp. 312 y 313, nos recuerda otras opiniones doctrinales, como la de BERISTAIN IPIÑA, A., *Ciencia penal y criminológica*, Madrid, 1985, p. 181, que añade el concepto denominado medio o funcional, centrado precisamente en los medios empleados o en los resultados habidos, con inclusión de las infracciones que afecten a la estabilidad económica o a la confianza del público en el correcto funcionamiento de la actividad comercial o de las instituciones públicas vinculadas con la economía; la de MARTOS NÚÑEZ, J.A., *Derecho penal económico*, Madrid, 1987, p. 130, que define el Derecho penal económico como el conjunto de normas penales cuya tendencia es la preservación del sistema económico constitucional, esto es, las instituciones y mecanismos de producción, distribución, consumo y conservación de bienes y servicios que sirven de fundamento del orden socioeconómico justo, objetivo del Estado social y democrático de Derecho, partiendo asimismo de un sujeto activo de elevada posición socio-económica a la hora de elaborar un concepto de delito económico; o la de ABANTO VASQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 32, que enuncia un concepto de Derecho penal económico que repara en los bienes jurídicos que resultan afectados por estos delitos, concretándolo en el conjunto de normas penales que castiga las afecciones de bienes supraindividuales, esenciales para el correcto funcionamiento del sistema económico y el desarrollo de cada individuo dentro del mismo.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1996, p. 423.

trae su causa en los ciudadanos, fundamentalmente a través de las empresas, es decir, la actividad económica propiamente dicha que se desarrolla en el marco de una economía de mercado, regida por el principio de libertad de empresa¹⁴.

De este modo, siguiendo con la exposición de BAJO FERNÁNDEZ y BACIAGALUPO SAGGESE¹⁵, los delitos económicos en sentido estricto consistirían en las infracciones jurídico-penales que dañan o hacen peligrar el orden económico, entendiendo por tal, la regulación jurídica del

¹⁴ Afirma BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho... cit.*, pp. 36 y ss., que para poder conocer con todo rigor el concepto de Derecho penal económico, es preciso acometer su objeto de protección, el orden económico. En este sentido *“el equilibrio que se intenta mantener en las comunidades de nuestra área cultural entre la defensa de valores patrimoniales individuales y otras de carácter público, o entre la Economía de mercado libre y la Economía dirigida, permite concebir el orden económico desde una doble perspectiva, dando lugar a dos concepciones de Derecho Penal económico: una estricta y otra amplia”*.

En relación con el concepto estricto de Derecho penal económico, el orden socioeconómico como objeto de protección, deviene vinculado al Derecho de la Economía dirigida por el Estado. Es la intervención estatal en la economía lo que caracteriza el Derecho penal económico, puesto que lo que se pretende con ello es garantizar intereses distintos a los particulares de propiedad, patrimonio y contractual, esto es, se pretende velar la economía en su conjunto, caracterizándose así el Derecho penal económico en ser precisamente un grado de intervención del Estado en la economía, cuya manifestación más elocuente e intensa es el “ius puniendi” del Estado. Este Derecho penal económico normalmente es presentado como el interés del Estado por consensuar el escenario económico, esto es, tanto la capacidad productiva del Estado para el cumplimiento de sus fines, como su marco legal general y particular.

Por el contrario, el relación al concepto amplio de Derecho penal económico, el orden socioeconómico como objeto de protección, se ciñe a la actividad económica dentro de la economía de mercado, lo que tiene como consecuencia que, en esta ocasión, se trate de garantizar intereses particulares, frente al orden socioeconómico, entendido como la intervención estatal en la economía, que pasa a un segundo orden.

¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIAGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, pp. 12 a 14. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho... cit.*, pp. 40 y ss., estableció igualmente la necesidad de distinguir entre una concepción amplia y estricta de delito económico, en coherencia con la distinción estricta y amplia del Derecho penal económico, partiendo del orden económico como objeto de protección. Así, define el delito económico en sentido estricto como *“la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país”*, mientras que el delito económico en sentido amplio, como *“aquella infracción que, afectando al bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”*.

intervencionismo estatal en la economía. Estas infracciones no abarcarían, por tanto, todos los delitos que pueden afectar al ámbito económico, sino sólo aquellos vinculados con la intervención del Estado en dicho plano, lo que conforma el llamado Derecho penal administrativo económico, como lo son por ejemplo las figuras previstas en el Título XIV del Código Penal, esto es, los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social¹⁶. Los delitos económicos en sentido amplio, consistirían en infracciones jurídico-penales que atentan contra el orden económico, entendido esta vez como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Así, mientras que en los delitos económicos en sentido estricto, el contenido del Derecho penal económico contempla exclusivamente “*los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el blanqueo de capitales y el delito fiscal*”, el concepto amplio, incluye “*los delitos de insolvencia, la competencia ilícita, la usura, la estafa, los fraudes alimentarios, delitos laborales, delitos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, receptación, malversación de caudales públicos, falsedad de documentos, etc.*”¹⁷.

¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 524.

¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, pp. 13 y 14.

En mi opinión, resulta al menos discutible el encuadramiento del delito de blanqueo de capitales en el concepto estricto de Derecho penal económico. Más bien entiendo que se trata, como conducta afín a la receptación, de un delito incluido en el concepto amplio, ya que aunque la conducta no consiste en adquirir, convertir o transmitir los bienes procedentes de un delito normalmente –o al menos en muchas ocasiones– patrimonial, esto es, lesivo de un interés individual, por el contrario sí sirve para ocultar dicho origen o ayudar a la persona que lo cometió a eludir las consecuencias de dicho obrar. Del mismo modo que la conducta del receptor afecta –aunque no de forma exclusiva– al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente –como se dice normalmente o en muchas ocasiones patrimonial, lesivo de intereses individuales–, agravando aún más su lesión (así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 2013, p. 510), el favorecimiento real y/o personal que conlleva el blanqueo de capitales afecta igualmente a bien jurídico lesionado por el delito precedente.

En cualquier caso, al margen del anterior debate, lo cierto es que buena parte de la doctrina entiende que el blanqueo de capitales se trata de un delito incluido en el concepto amplio de Derecho penal

Por tanto, puede concluirse que la concepción estricta, no resulta suficiente para abarcar todos los hechos delictivos con trascendencia económica, ya que quedarían fuera del Derecho penal económico todas aquellas infracciones que, afectando de forma mediata al orden socioeconómico, en mayor o menor medida, no fueran cometidas en el ámbito de la intervención estatal en la economía¹⁸. Y de otra parte, si se excluyeran del Derecho penal económico tales delitos vinculados a la intervención estatal en la economía, sería imposible la protección de instituciones precisas para el mantenimiento del orden socioeconómico, ya que los delitos que podrían considerarse patrimoniales no ofrecen la suficiente protección, en tanto que su consideración como socioeconómicos se fundamenta en su capacidad para lesionar o, al menos, poner en peligro ese orden (con independencia de que el bien jurídico que se proteja sea un interés patrimonial individual), y la finalidad de la ley es precisamente su salvaguarda.

Por su parte, resulta precisa la inclusión de los delitos que integran el Derecho penal económico en sentido amplio, puesto que, aunque tampoco pueden por sí mismos abarcar la totalidad de los hechos delictivos con trascendencia económica, sin embargo sí otorgan protección a intereses patrimoniales individuales que no podrían ser objeto de protección a través de los delitos que se integran en el Derecho Penal económico en sentido estricto.

Y de la misma forma, desde la concepción amplia, la exclusión de las infracciones cometidas en el ámbito de la intervención del Estado en la economía del país, como límites a la libertad de empresa en el marco de un liberalismo

económico. Así, por citar a algunos autores, el propio MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 1996) cit., p. 423, o GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 828.

¹⁸ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 1996) cit., p. 423.

puro, dejaría fuera del Derecho penal económico los delitos relacionados precisamente con la tutela de dicho intervencionismo en la economía, con lo que ello supone de peligro o lesión de intereses colectivos o generales, al impedir al Estado cumplir con las funciones (o parte de ellas) que se le asignan.

Puede inferirse de todo lo anterior, que el Derecho penal económico está conformado por todos aquellos delitos capaces de afectar gravemente a alguna parcela del orden socioeconómico, siendo éste su elemento común, lo que no impide que las figuras protejan diversos intereses o bienes jurídicos concretos, ya de carácter individual, ya de carácter colectivo. Dicho de otra manera, la nota común de estas figuras delictivas es su capacidad para afectar al orden socioeconómico, aunque el objeto jurídico de protección sea otro.

No obstante este nexo común entre delitos económicos en sentido estricto y amplio, conformado, como se dice, por la protección de algunas parcelas del orden económico, resulta oportuno poner de relieve la existencia de diferencias en la forma en que se produce la mencionada protección en cada una de estas concepciones. Así, como dice MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁹, mientras que desde la concepción estricta la protección que se dispensa al orden económico es directa o inmediata, además de mediata, aunque en atención a cada concreta figura delictiva dicho orden económico aparece concretado en un específico interés del Estado, por el contrario, desde la concepción amplia, dicha protección se produce sólo de forma mediata, donde *“...los límites de esta segunda concepción del Derecho penal económico se ven notablemente ampliados, al aparecer el orden económico como un bien jurídico mediato o de segundo orden de cada una de las figuras delictivas concretas, detrás de los bienes jurídicos que en cada caso resulten inmediatamente protegidos”*.

¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, pp. 34 y 35, en referencia a BAJO FERNÁNDEZ, M.

De esta forma, aunque el Derecho penal económico es en la actualidad uno de los medios que sirven para la protección jurídica del orden económico, sólo algunas parcelas de este orden son objeto inmediato de protección en los delitos comprendidos en la concepción estricta, a diferencia de los tipos incluidos dentro de la concepción amplia²⁰.

Pese a lo dicho y como se ha indicado anteriormente, la mayoría de la doctrina define el Derecho penal económico como el conjunto de normas de carácter jurídico-penal a través de las cuales se dispensa protección al orden económico²¹ o, como he venido manteniendo, al menos a ciertas partes del mismo, siendo esta protección el elemento común de las figuras que lo componen; en este sentido, este elemento común, desde la perspectiva de la legitimidad del empleo del Derecho penal, opino que representa al bien jurídico mediato, siendo por tanto la finalidad de la norma o la “ratio legis” a la que se ha hecho referencia anteriormente.

Y por consiguiente, puede afirmarse que el elemento común de las concepciones estricta y amplia del Derecho penal económico, reside en la finalidad de la norma por procurar la protección de determinadas parcelas del orden socioeconómico, al menos de forma mediata, frente a los ataques más

²⁰ En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p.15, que entienden que únicamente desde una concepción estricta se entiende como el bien jurídico protegido de forma directa el orden económico, concentrado en un interés del Estado susceptible de concreción en una figura delictiva concreta. Por el contrario, el orden económico en su aspecto amplio, aun siendo objeto de esa protección, no se presenta como bien jurídico protegido de forma directa.

²¹ Por citar algunos autores, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 11. Por su parte, PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción al Derecho Penal Económico”, en Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005, p.19, entiende asimismo que el Derecho penal económico se define en relación a un objetivo de carácter político-criminal, la prevención de la criminalidad económica, si bien en mi opinión, la prevención de los hechos que constituyen los delitos económicos, debe entenderse consecuencia de la mencionada protección del orden económico.

graves, pero no en la protección del orden socioeconómico entendido como bien jurídico protegido en todas las figuras; mientras que en el caso de la concepción estricta, tal finalidad se traducirá en una protección directa del orden socioeconómico, al menos ciertas parcelas del mismo, insisto, por cuanto éste sí será el bien jurídico protegido o técnico en los delitos encuadrables en esta concepción estricta de Derecho penal económico, por el contrario en el caso de la concepción amplia, junto a supuestos de protección inmediata de ese orden, en otros, la finalidad de la norma por proteger concretas parcelas del orden socioeconómico, se traducirá exclusivamente en un interés mediato, por cuanto los bienes jurídicos a tutelar a través de buena parte de los delitos encuadrables en este concepto amplio, son distintos del propio orden socioeconómico²².

Con independencia de todo ello, y de nuevo en relación con el orden socioeconómico como objeto o finalidad de protección penal y a la corrección de la utilización de esta parte del Derecho, el mismo debe ser entendido o contextualizado con el orden económico y social que se desprende de la Constitución Española de 1978, que se asienta en una economía de mercado con fundamento en la propiedad privada y la libertad de empresa; economía de mercado en relación a la cual se produce, al mismo tiempo, una intervención estatal vinculada tanto a la imposibilidad de renunciar a determinados intereses generales, como a las exigencias de la planificación de la economía. Así, en el ámbito del llamado Derecho económico constitucional, entendido como “el

²² En el caso de los delitos societarios, como tendré ocasión de indicar más adelante, para un sector mayoritario de la doctrina sólo se estaría protegiendo de forma directa el orden socioeconómico en el supuesto del artículo 294. Así, por citar a algún autor, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos societarios”, en Rodríguez Ramos, Cobos Gómez de Linares y Sánchez Tomás, *Derecho penal. Parte especial III*, Madrid, 1999, p. 67, o GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 828, éste último al decir que “únicamente en él se infringen los deberes que surgen como consecuencia de la intervención estatal en el ámbito económico, lo que constituye la razón de ser el orden económico en sentido propio. En los demás casos, lo que viene a sancionarse son, dicho en términos generales, comportamientos fraudulentos o abusos de mayorías, negación de derechos sociales o comportamientos desleales de los administradores de las sociedades, que incumplen los deberes de fidelidad y lealtad a que están obligados respecto de los titulares del patrimonio que administran en su nombre y que han depositado en ellos su confianza”.

conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”²³, las normas básicas del Derecho constitucional socioeconómico, rigen esencialmente en la ordenación del trabajo, de la propiedad, de la fiscalidad, de la Seguridad Social, del medio ambiente, etc., y asimismo, en la manera y forma en que ha de tener lugar la intervención del Estado en la economía.

En referencia al orden económico, la Constitución de 1978 presenta una posición neutral, ya que no establece ni ordena un modelo económico concreto y *“permite la aplicación de cualquier programa político económico”*²⁴. Sin embargo, sin comprometer esa neutralidad, lo cierto es que la Constitución establece límites a la economía de mercado²⁵; así, mientras que el artículo 38 declara el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, el texto constitucional establece límites a este sistema derivados de las exigencias de la economía y de la planificación estatal, limitación materializada en los artículos 128 y 131, que consagran la intervención pública y la planificación del ámbito económico²⁶. Como afirma MUÑOZ CONDE, se

²³ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p.16.

²⁴ *Ibíd.*, p.18. En igual sentido PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción... cit.”, p. 28.

²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, pp.17 y ss. PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción... cit.”, pp. 30 y ss. No faltan autores que consideran que las limitaciones que se producen a la economía de mercado que se predica del texto constitucional, suponen un alto grado de intervención y orientación estatal, a los efectos de procurar la estabilidad del propio sistema y la salvaguarda de los intereses de los grupos menos favorecidos. Vid. LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho constitucional*, Valencia, 1994, pp. 170-171.

²⁶ Constitución Española de 1978:

“Artículo 38.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

“Artículo 128.

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

produce “la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos”²⁷. Ello, no obstante, considero que no debe ser entendido sin más como una intervención coactiva o una planificación estatal de la economía, sino, de una parte, como el establecimiento de determinados límites necesarios a la economía de mercado, para el aseguramiento de determinados fines sociales y económicos y, de otra parte, como el señalamiento de unas concretas funciones del Estado en ese orden, para lo que es preciso dotarle de ciertos medios.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

“Artículo 131.

1. El Estado, mediante Ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por Ley”.

Como señala GÓMEZ PAVÓN, P., “Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código Penal”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.) y VV.AA., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 952, “El art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, estableciendo el deber de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, contemplada en el art. 131 del mismo texto legal”.

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 1996) cit., p. 423. Hacía alusión ya igualmente el autor de referencia, antes del Código Penal de 1995, “La ideología de los Delitos contra el Orden Socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, Madrid, 1982, p. 114, a que la existencia de límites en la propia Constitución a la libertad de empresa contenida en el artículo 38 de la citada Carta Magna, a través de la fijación de finalidades y funciones al Estado, impiden hablar de un sistema de capitalismo puro. Precisamente en este sentido, GÓMEZ PAVÓN, P., “Algunas... cit., p. 953, afirma que “El modelo constitucional viene dado por dos límites, o mejor, exigencias: 1) reconocimiento y respeto al sistema de libre empresa; 2) reconocimiento y obligación del Estado de cumplir con las funciones fijadas en el propio texto constitucional, y que encarnan intereses generales (salud pública, medio ambiente, pleno empleo, política fiscal...), obligación esta última recogida en el recurso a la planificación, fundamentada precisamente en la consecución de esos fines”.

Esta intervención pública viene marcada o justificada por la imposibilidad de renunciar a los intereses generales, produciéndose con ello una participación estatal en materias tales como la política de empleo, la fiscal, la monetaria, etc., y con ello la citada planificación económica del Estado. Una planificación económica que, sin embargo, debe permitir o compatibilizar la libertad de empresa en el marco de la libertad de mercado.

Cabría entonces preguntarse si puede entenderse, en este contexto, que en la Constitución económica se hallan bienes jurídicos que serían objeto de protección directa por parte del Derecho penal económico, y otros que quedarían protegidos de forma mediata o incluidos en la finalidad protectora del citado Derecho penal económico, cuando no se configuren como los bienes jurídicos inmediatos a proteger en los diferentes tipos penales; dicho de otra forma, ¿se hallan en la Constitución económica bienes jurídicos encuadrables en el concepto estricto o amplio de orden económico al que he hecho referencia en anteriores líneas?²⁸. Pienso que no exactamente, más bien considero que la Constitución lo que hace es, en este aspecto, diseñar o señalar unos límites, pero más allá de la libertad de empresa o un sistema de economía de mercado y del cumplimiento de unos fines sociales, el texto no dice nada al respecto. El que determinadas instituciones como pudieran ser la institución del crédito, la participación, la competencia, etc., deban protegerse para garantizar esa libertad de empresa o de mercado, no significa que estén reconocidas en la Constitución, sino que son fruto de una elaboración doctrinal de las condiciones precisas del mercado, en algunos casos impuestas para garantizar esa participación en unas condiciones de igualdad no absoluta.

²⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 18, afirman que en la Constitución económica se hallan bienes jurídicos que van a ser objeto de protección por el Derecho penal económico, “y que pertenecen, por tanto, a ese orden económico, amplio o estricto”.

De este modo, la doctrina²⁹ se ha referido a concretos mandatos constitucionales orientados a la exigencia de protección penal de determinados intereses relacionados más o menos directamente con la vida económica. Mientras existen mandatos expresos en orden a la protección de determinados bienes o intereses colectivos, como sucede en relación con el medio ambiente (artículo 45.3 CE³⁰) o el patrimonio histórico, cultural y artístico (artículo 46 CE³¹), mediante el establecimiento de sanciones administrativas o penales, en el caso de las infracciones de normas que rigen la actividad económica la Constitución guarda silencio, ya que la elección de si las sanciones han de ser administrativas o penales *“forma parte del sistema de política económica en cuyo establecimiento es neutral la norma constitucional”*, siendo posible *“escoger cualquier modelo siempre que garantice la confianza en la vigencia de las normas jurídicas que regulan la actividad económica”*³². Por tanto, en el orden socioeconómico, se trata de una opción legislativa el acudir a este sector del Ordenamiento³³.

²⁹ Por todos, PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción... cit., pp. 30 y 31.

³⁰ Constitución Española:

“Artículo 45.

1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

³¹ Constitución Española:

“Artículo 46.

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

³² PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción... cit., pp. 30 y 31.

³³ Ibídem., pp. 32 y 33. Entiende PÉREZ DEL VALLE, C. que *“las infracciones de las normas que rigen la vida económica y que, a su vez, representan un peligro para la vida o para otros intereses*

Puede concluirse que el Derecho penal económico protege, por un lado, intereses individuales de los actores del sistema económico, y por otro, intereses económicos generales o colectivos, o singulares del Estado, pudiendo distinguirse, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, dos conceptos de Derecho penal económico, el estricto y el amplio, donde el primero de ellos se ocupa de la intervención del Estado en la economía y el segundo de aquellas figuras que de forma inmediata o mediata pueden lesionar el orden socioeconómico.

El texto constitucional no fija un sistema económico determinado, sino que se limita a garantizar la economía libre de mercado, si bien con algunas limitaciones, e igualmente a asignar concretas finalidades sociales y económicas al Estado. El primer aspecto, la garantía de la economía libre de mercado, se integraría en el concepto amplio de Derecho penal económico, pudiendo por tanto estar constituido su objeto jurídico de protección, por un bien individual, normalmente de carácter patrimonial, o por una parcela del orden socioeconómico en sentido amplio, pero en cualquier caso, la salvaguarda de este interés sería siempre la finalidad de la norma, dado que el orden económico se vería afectado al menos de forma mediata. Y por su parte, la asignación de concretas finalidades sociales y económicas al Estado, el segundo aspecto, encontraría su encaje en el concepto estricto de Derecho penal económico, y su objeto de protección estaría constituido por una parcela del orden socioeconómico.

personales, deben ser sancionadas a través del Derecho Penal, pues en las sociedades modernas la valoración ético social de estos comportamientos requiere su sanción a través de leyes penal es en sentido estricto, ya que representan lesiones del bien común de tal gravedad que la confianza en la vigencia de las normas que lo protegen en estos ámbitos no pueden ser garantizada de otra manera”.

2. LOS DELITOS SOCIETARIOS.

2.1. Necesidad político criminal de su expresa regulación. Insuficiencia de las figuras delictivas tradicionales.

Al conjunto de hechos que se integran en los delitos societarios, se les dedica en el Código Penal de 1995 un Capítulo independiente del resto de delitos del Título XIII, centrado en los llamados genéricamente “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”, novedad introducida por el legislador del Código Penal de 1995 frente a la anterior regulación de 1973³⁴. Bajo la rúbrica “*De los delitos societarios*”, se tipifican unos hechos que tienen como característica común su producción en el ámbito societario: falseamiento de la información social a través de los documentos societarios; adopción de acuerdos abusivos por parte del socio mayoritario; adopción de acuerdos lesivos mediante mayorías ficticias; lesión de derechos sociales; y obstrucción de las labores de control administrativo. Hasta la reforma del Código Penal de 2015, también se tipificaba la administración fraudulenta del patrimonio social³⁵. Los artículos 296 y 297 establecen las condiciones objetivas de perseguibilidad de estos delitos y la definición de la sociedad en el ámbito penal.

Vaya por delante, como cuestión previa, que la agrupación de todos los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico dentro del mismo Título,

³⁴ Por todos GOMEZ PAVÓN, P., “Algunas... cit., p. 951, al señalar cómo “*La entrada en vigor del Código Penal de 1995 supuso, por primera vez en la legislación española, la introducción de los denominados delitos socioeconómicos o, más exactamente, contra el orden socioeconómico*”.

³⁵ La administración fraudulenta del patrimonio social contenida en el artículo 295 del Código Penal de 1995, ha sido suprimida como delito societario tras la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

ha generado numerosas críticas en la doctrina³⁶, comenzando por la propia expresión (“*contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”), vaga e imprecisa para la mayoría³⁷. Pero sobre todo y en lo que ahora interesa, porque no permite delimitar de forma clara, en lenguaje del Código Penal, la naturaleza patrimonial o socioeconómica de cada figura, ya que si bien en algunos puede parecer evidente su consideración de delitos patrimoniales o socioeconómicos, no así sucede con otros, como en el caso de las insolvencias punibles, cuya consideración como delitos netamente patrimoniales o socioeconómicos no resulta ser tan sencilla, lo que se traduce en mayores dificultades para la fijación

³⁶ Tal es el caso, entre otros, de JAÉN VALLEJO, M., *Derecho Penal aplicado*, Lima, 2002, p. 114, o de ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 59, Madrid, 1996, pp. 417 y ss. Afirma este último autor, que el Título XIII parte del error de agrupar figuras delictivas que nada tienen que ver, ni atendiendo al punto de vista criminológico, ni al punto de vista dogmático, por lo que su contenido resulta criticable, entre otros motivos, porque los delitos contra el patrimonio deberían ocupar un Título independiente del de los delitos contra el orden socioeconómico.

³⁷ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 355 (en referencia a LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, tomo I*, Madrid, 1992, pp. 420 y ss. Sobre el concepto del patrimonio, vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, tomo I*, Madrid, 2000, pp. 471 y ss.), entiende que “*el concepto de patrimonio no es pacífico*”, ya que puede distinguirse un patrimonio compuesto por el conjunto de derechos de los que es titular un sujeto, de un patrimonio formado por los bienes y derechos de una persona; patrimonio, definido por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid, 2012, p. 376, como “*el complejo o conjunto de bienes o derechos valiables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente*”. Sobre la problemática en relación con los conceptos de patrimonio y orden socioeconómico, vid. también, entre otros, BLANCO LOZANO, C., “Lección 1ª. Introducción a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Hurto”, en Polaino Navarrete (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, tomo II*, Madrid, 2011, pp. 31 y ss. De nuevo SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 355, consideran que igualmente de imprecisa o vaga resulta la expresión “*contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”, en relación ahora con los delitos socioeconómicos, habida cuenta de que “*los delitos quizá con mayor contenido socioeconómico, en cuanto afectan a la sociedad en general, se encuentran fuera del Título XIII*”; así los delitos contra la Hacienda Pública, los trabajadores o la Seguridad Social. Para VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos... cit.*, p. 327, el Código Penal “*contempla en un único Título los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico sin que, al menos formalmente, se distingan ambas categorías*”; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Los delitos... cit.*, p. 417, considera que el contenido y rubrica del Título XIII resulta cuestionable “*porque no especifica, a través de los oportunos capítulos, qué delitos son contra la propiedad, cuáles contra el patrimonio y cuáles contra el orden socioeconómico*”. Para GONZÁLEZ RUS, J.J., “*Delitos... cit.*, p. 554, el orden socioeconómico apuntado en la rúbrica del Título XIII del Código Penal, viene referido más bien a aspectos meramente criminológicos.

o concreción del bien jurídico protegido en cada uno de ellos³⁸ y para su interpretación³⁹; o como en el caso de los delitos societarios, que presentan al tiempo una dimensión socioeconómica y patrimonial⁴⁰. Como pone de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA⁴¹ en referencia a los delitos societarios, “*la decisión de criminalizar determinadas conductas y prácticas que tiene su ámbito natural en el seno de las sociedades mercantiles no puede desvincularse de un fenómeno más general, como es el de combatir la que suele conocerse como delincuencia económica*”.

No obstante esa doble dimensión, los tipos comprendidos en los artículos 290 a 294 del Código Penal⁴², vienen considerándose por una mayoría doctrinal como delitos patrimoniales, si bien reconociéndose que sólo pueden entenderse desde un prisma socioeconómico más amplio que el contexto meramente patrimonial, extremo que podría justificar la regulación de estos delitos en un

³⁸ Así lo expresé en mi trabajo inédito, *Aproximación al delito de alzamiento de bienes: posibilidad de un mismo bien jurídico protegido con los delitos de quiebra*, Tesina para la obtención del título de Diplomado en Estudios Avanzados de acuerdo con el programa de Doctorado Estudios de Ciencias Penales y Criminológicas, dirigido por Gómez Pavón, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid, 2004, pp. 22 y 23. En este sentido y por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Granada, 2003, p. 83. Considera este autor además, que el problema de la falta de delimitación de los delitos patrimoniales y socioeconómicos, supone una traba para que el Derecho penal camine hacia nuevas “*realidades económicas cuyo tratamiento no puede ser obviado por el ordenamiento jurídico-penal*”.

³⁹ Como pone de manifiesto, entre otros, ROBLES PLANAS, R., “Tema 10. Delitos contra el patrimonio (I)”, en Silva Sánchez (dir.) y Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona 2011, p. 199, no sólo habrá dificultades en orden a la fijación del bien jurídico protegido, sino igualmente existirán otras en relación con el alcance de los concursos de delitos, la reincidencia, la excusa absolutoria o la aplicación del delito continuado, entre otros aspectos. En parecidos términos GONZÁLEZ RUS, J.J., “Lección 17. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)”, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 2004, p. 427.

⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 828.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, p. 17.

⁴² También se refería la doctrina al artículo 295, suprimido con la reforma del Código Penal operada en 2015.

Capítulo independiente, de la misma manera que autores como SUÁREZ GONZÁLEZ, han entendido que *“la trascendencia de los bienes jurídicos afectados aconsejaba su inclusión en un capítulo independiente”*⁴³.

Por su parte, desde la sistemática legal, la distinción entre delitos contra el patrimonio –lesivos de intereses individuales- y contra el orden socioeconómico, es difícil establecerla atendiendo únicamente a su ubicación en el texto penal, debiendo hacerse en el estudio de cada tipo concreto⁴⁴.

Además de lo anterior, es necesario tener en cuenta que en el Título XIII, sólo se regulan delitos que pueden integrarse en la concepción amplia del Derecho penal económico, quedando fuera, por tanto, todos aquellos atinentes a la intervención estatal en la economía y que tienen por bien jurídico inmediato la protección de aspectos del orden socioeconómico. Así MUÑOZ CONDE, al decir, en referencia a la denominación del mentado Título XIII, que *“del concepto de «orden socioeconómico» debe excluirse el orden económico en sentido estricto”*⁴⁵. E igualmente GONZÁLEZ RUS, quien afirma que *“el concepto de orden económico que contempla el Tít. XIII no es el estricto, sino el amplio”*⁴⁶. Y dentro de los delitos contenidos en el citado Título, los societarios

⁴³ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 574.

⁴⁴ En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 1996) cit.*, pp. 425 y 426, y *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 454, para quien la distinción entre delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, presenta un valor relativo y materialmente escaso, y así en el caso de los delitos societarios, debiendo analizarse por ello en cada uno de los tipos su naturaleza patrimonial o socioeconómica.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 1996) cit.*, p. 423.

⁴⁶ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 828. En igual sentido, entre muchos otros, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos... cit.*, pp. 330-331 y 369, al afirmar que *“Asumiendo la posición mayoritaria que considera socioeconómicos los delitos ubicados en los Capítulos XI a XIV... es fácil concluir que el legislador ha descartado el concepto estricto del orden socioeconómico ya que, a la vista está, ninguna de las conductas que merecen tal calificación tiene su sede en este Título...”*. No obstante matiza dicha autora, que el legislador ha optado por un concepto de delito económico “sui generis” hasta entonces desconocido, el cual se asemeja al concepto amplio pero no plenamente coincidente con el mismo, ya que si bien es cierto que algunas de estas figuras afectan en primer

del Capítulo XIII se configuran por tanto como “*delitos económicos, puesto que las conductas que contemplan implican un atentado que trasciende lo meramente individual*”⁴⁷.

La inclusión de los delitos societarios en el Código Penal de 1995, constituyó sin duda la respuesta a las demandas que en este sentido habían venido siendo puestas de manifiesto tanto por la doctrina penal⁴⁸, como por la mercantil, que reivindicaban dotar de mayor protección los intereses de las sociedades y de las personas vinculadas a las mismas, esto es, sus socios, sus

término a un bien jurídico patrimonial individual, el cual simultáneamente y en segundo término, suponía la afectación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, sin embargo ello no es único de las infracciones consideradas económicas, ya que concurre en algunas figuras meramente patrimoniales pero también en otras no contenidas en el Título XIII del Código Penal. Concluye la autora entendiendo por ello que el empleo de tal rúbrica del Título XIII, “*obedece al deseo de evidenciar la profunda relación que une al patrimonio y al orden socioeconómico*”.

⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos societarios”, en Quintero Olivares, Carbonell Mateu, Morales Prats, García Rivas, Álvarez García (dirs.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Puschel (coords.), *Esquemas de la Parte especial del Derecho penal (I). Tomo XXXII*, Valencia, 2011, p. 423.

⁴⁸ Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la doctrina se ha mostrado igualmente unánime al afirmar, ya en cuanto a los delitos societarios en particular, que nos hallamos ante una de las materias más novedosas que se introducen en la redacción del texto penal. Así, entre otros, CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho Penal, tomo II, Parte Especial*, Barcelona, 2001, p. 319; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 827; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 573; BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español. Tomo II, El sistema de la Parte especial. Volumen I, Delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona, 2005, p. 639; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, Navarra, 2011, p. 325; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos societarios”, en Lamarca Pérez (coord.), Alonso de Escamilla, Gordillo Álvarez-Valdés, Mestre Delgado y Rodríguez Núñez, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2011, p. 402; LUZÓN CUESTA, J.Mª., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2011, p. 205; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60*, Madrid, 2004, p. 279; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento de los delitos societarios: juicio crítico sobre la necesidad y oportunidad de su regulación”, en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 2004, pp. 1.039 y ss.; GÓMEZ RIVERO, Mª.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2010, p. 503; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 423; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 67; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 515; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 707. Y asimismo, que la incorporación del Capítulo XIII viene a solventar una laguna que incluso ha llegado a ser reiteradamente tachada de inexplicable, calificativo empleado por buena parte de la doctrina más autorizada; en este sentido, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 515.

acreedores e incluso los terceros distintos de los anteriores⁴⁹. En palabras de SEQUEROS SAZATORNIL, *“no puede negarse que con la incorporación al nuevo Código Penal de 1995, de los delitos societarios, se ha venido a cubrir un espacio normativo hasta la fecha desatendido por nuestro Derecho punitivo, cuyas carencias estaban poniendo en evidencia su despreocupación por los intereses de sociedad y transparencia de sus mecanismos naturales, no sólo para expresar con adecuación la voluntad de las mayorías sino para desvelar las últimas intenciones de sus gestores”*⁵⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría decirse que la inclusión en el Código Penal de 1995 de estos delitos, atendería, fundamentalmente, a la necesidad de dotar de una mayor protección a las sociedades, instrumento básico de una economía de libre empresa, así como a la insuficiencia de las figuras tradicionales para conseguir esta protección. En este sentido, ya en los proyectos de Código Penal de 1980, 1983 y 1992, se apreciaba una clara tendencia favorable a su inclusión en el ordenamiento penal, a los efectos de colmar el vacío legal existente frente a determinados comportamientos que operaban en el ámbito de las sociedades mercantiles, y frente a los que el derecho privado no era capaz de dar debida respuesta. De la misma manera y como se verá posteriormente, el Código Penal de 1973 tampoco era capaz de tutelar los intereses dañados o puestos en peligro por tales hechos, a través de las figuras

⁴⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 573. El mismo, en iguales términos, “Aspectos político-criminales de los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002, p. 214.

⁵⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit., p. 1.039.

También se ha apreciado esa carencia de mecanismos legales en algunos países de nuestro entorno, como por ejemplo en el caso de Italia, donde se hacía referencia a la necesidad de inclusión en la norma penal de determinadas figuras relacionadas con la actividad societaria y la gestión leal de las empresas, no habiéndose previsto debidamente por la normativa societaria. Vid. MUSCO, E., “La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas”, en *Revista Penal*, núm. 5, año 2000, trad. y notas Sánchez López, Valencia, 2000, pp. 53 y 54.

tradicionales como las falsedades, las apropiaciones indebidas o las estafas, las cuales se empleaban o intentaban utilizar por la jurisprudencia y la doctrina. Tendencia que se inicia desde los primeros anteproyectos y proyectos de reforma de Código Penal, aunque con diferentes técnicas⁵¹.

Debe añadirse que el importante papel de las empresas en las sociedades modernas y en el devenir de las economías, hace preciso que, además de su adecuado funcionamiento para beneficio de sus socios y acreedores, generen la suficiente y adecuada confianza ya no sólo de aquéllos sino de los ciudadanos en general, como potenciales socios o inversores de las empresas, extremo que pone de manifiesto que además de intereses patrimoniales individuales de determinados sujetos, existen razones de orden público que exigen el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles. Correcto funcionamiento que además redundará en el orden económico como interés igualmente digno de protección penal, en tanto que el papel que tienen las empresas en el sistema económico basado en la economía de mercado y la libertad de empresa, hace que dicho adecuado y normal funcionamiento sea una exigencia que igualmente trasciende la esfera netamente individual. En este sentido autores como RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, que hace referencia a la definición de HEREDERO HIGUERAS sobre los entonces delitos financieros, los cuales se

⁵¹ En este sentido, como opina RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., pp. 69 y 70, tanto en el Proyecto de Código Penal de 1980, dentro del Título llamado “*De los delitos contra el orden socioeconómico*”, como en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, dentro del Título denominado “*De los delitos socioeconómicos*”, se incluyeron una serie de hechos en el Capítulo llamado “*Delitos Financieros*”, que fueron los antecedentes más inmediatos de los más tarde denominados “*Delitos Societarios*”, si bien únicamente los delitos de los artículos 290 a 292 tienen claro precedente en tales textos. Y en el Anteproyecto de Código del año 1992, dentro del Capítulo ya denominado “*Delitos Societarios*”, aparecen ya claros precedentes de los artículos 293 y 295, éste último a resultas suprimido del texto penal tras la reforma operada en 2015. Por su parte, en el Anteproyecto de 1994 y en su posterior Proyecto, el Capítulo XIV “*Delitos Societarios*” del Título XII, incluía en los artículos 292 y siguientes, unas figuras muy cercanas a las vigentes, salvo los artículos 294 y 297 del Código actual, cuya incorporación tuvo lugar durante la tramitación de la Ley. Sobre la inclusión de los delitos societarios en el Proyecto de Código Penal de 1992, vid. ARROYO ZAPATERO, L., “Los delitos societarios en el Proyecto de 1992”, en Arroyo Zapatero y Tiedemann, *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, pp. 15 y ss.

entendían como *“la violación del deber de subordinación al interés propio de las sociedades mercantiles y al interés económico de Estado en la medida en que estos intereses contribuyen a la estructuración del orden público económico”*⁵².

Dicho lo anterior, a pesar de la trascendencia que para el orden económico se deduce del correcto funcionamiento de las empresas, pilar fundamental de la economía de mercado, resulta obligado poner de manifiesto cómo contrariamente a esta idea, sin embargo el Código Penal parece referirse de forma exclusiva a los intereses de los socios o terceros como bienes a proteger.

Para la mayoría de la doctrina española, la oportunidad de la introducción de los artículos 290 a 295⁵³ es evidente, ya que con los mismos se previene la comisión de determinados hechos, lesivos para los intereses básicos de las sociedades, sus socios o terceros⁵⁴; se pretende asegurar el adecuado funcionamiento de las sociedades, lo que redundará positivamente en el sistema económico general⁵⁵; responde, como se ha dicho, a una larga reivindicación de

⁵² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997, p. 8, en referencia a HEREDERO HIGUERAS, J.L. (*Los delitos financieros en la Jurisprudencia española*, Barcelona, 1969, p. 7).

⁵³ Como ya he señalado en varias ocasiones, el artículo 295 finalmente ha sido suprimido del Código Penal, tras la reforma del mismo producida en 2015.

⁵⁴ Para SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 573, la intervención del Derecho penal en el ámbito societario, para prevenir la comisión de determinadas conductas atentatorias contra los intereses básicos de las propias sociedades, de sus socios o de terceros, resulta necesaria, teniendo en cuenta la realidad de las sociedades mercantiles actuales, en las que se distingue claramente lo que es propiedad y lo que es una actividad de gestión y, asimismo, la gran capacidad de obrar y poder que presentan los órganos de administración y gestión dentro de ellas.

⁵⁵ Para GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 828, *“el interés político-criminal último al que responden [los delitos societarios] es el asegurar el adecuado funcionamiento de las sociedades, para que su actividad se desarrolle conforme a sus objetivos sociales, lo que constituye, desde luego, una garantía para el patrimonio social y el de los socios, pero también, y sobre todo, para la estabilidad y buen orden del sistema económico en su conjunto, que necesita garantizar la confianza de accionistas, inversores y ciudadanos...”*. En opinión de VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 423, la oportunidad de la regulación introducida en el Código Penal de 1995, responde a razones de política criminal en tanto que el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles constituye uno de los ejes esenciales del modelo de economía actual.

la doctrina, que había manifestado la necesidad de la intervención del Derecho penal en el ámbito societario, en tanto que los tipos tradicionales no servían para dar adecuada respuesta a los hechos que venían produciéndose en el citado ámbito cuando, en atención a la gravedad de éstos, a la importancia de los bienes jurídicos a proteger y a la inexistencia de otras medidas suficientes menos gravosas para la tutela de tales intereses, se hacía precisa la intervención del Derecho penal⁵⁶; incluso se ha apuntado como motivos que hacían precisa la inclusión de estos tipos, el aumento de los denominados delitos de cuello blanco y los numerosos escándalos habidos antes de la aprobación del Código Penal de 1995⁵⁷; y asimismo, la insuficiencia de los medios del Derecho privado para la

⁵⁶ BLANCO LOZANO, C., *Tratado... cit.*, p. 639, en relación a la reivindicación doctrinal sobre la necesidad de tipificación de determinadas conductas o comportamientos. ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit.”, p. 707, entiende que el Código Penal de 1973 adolecía de un contenido punitivo en el ámbito societario; las figuras de estafa, apropiación indebida y falsedad documental, no eran en ocasiones válidas para tutelar prácticas fraudulentas que pueden cometerse en el seno de una sociedad mercantil. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit.”, p. 69, observa la misma necesidad político-criminal de regular determinados comportamientos que, siendo propios del ámbito de las sociedades mercantiles y afectando a la propia sociedad, a los socios o a terceros, no obtendría adecuada respuesta dentro de las figuras tradicionales tales como las estafas, las apropiaciones indebidas o las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, siendo además la gravedad de dichos comportamientos en muchas ocasiones superior a la de tales otros. MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit.”, p. 402, recuerda cómo hasta la introducción de los delitos societarios en el Código Penal, existían ciertos comportamientos capaces de lesionar bienes jurídicos esenciales para el adecuado funcionamiento del mercado, así como para intereses o patrimonios personales, comportamientos que no tendrían respuesta punitiva en el ámbito penal. Laguna que para CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 279, trae su causa en la aplicación de los tipos tradicionales de los delitos defraudatorios, que sin embargo no resultaban suficientes para abarcar los comportamientos fraudulentos de los medios financieros, por lo que hacía necesaria la tipificación de determinados comportamientos que venían produciéndose en el ámbito societario y cuyo tratamiento en vía penal mediante las figuras tradicionales entonces existentes, se acreditaba como insuficiente para tutelar determinados intereses.

⁵⁷ BLANCO LOZANO, C., *Tratado... cit.*, p. 639, cree que una de las razones por las que se han abordado las infracciones “*genuinamente mercantiles*” dentro de la acción punitiva del Derecho penal es la propia realidad social, en la que se han ido elevando el número de delitos de cuello blanco en los ámbitos económicos y empresariales más altos. Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 279, se refería al fracaso del Derecho penal, habida cuenta de los escándalos producidos en nuestra sociedad hasta la aprobación del Código Penal de 1995, hacían necesaria la tipificación de determinados comportamientos que venían produciéndose en el ámbito societario.

tutela de los intereses en juego frente a los ataques que de forma grave los puedan poner en peligro o lesionar⁵⁸.

A pesar de la aceptación por la doctrina mayoritaria de la necesidad de estos tipos, la polémica sobre ello persiste. En este contexto, precisamente debe hacerse referencia a cómo doctrinalmente ha sido objeto de debate si resultaba precisa esta categoría de delitos socioeconómicos⁵⁹; y en relación con ello, si los mismos responden a una necesidad social o son resultado de una construcción artificial, que en realidad sólo incluye ciertas modalidades de tipos básicos de la falsedad, la estafa y la apropiación indebida. En respuesta a lo indicado, parece que el aspecto social de los delitos cometidos en el ámbito empresarial, es decir, su posible afectación a grupos sociales y al correcto funcionamiento de la economía y el mercado, y en definitiva, a la confianza que se espera del funcionamiento de las empresas y del sistema económico, hace que no puedan subsumirse sin más como modalidades de delitos clásicos patrimoniales, sino que precisan de su propio ámbito. En palabras de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *“no parece razonable valorar esa clase de delitos como afectantes a un mero ámbito particular o privado, sino que han de reforzar penalmente los mecanismos mercantiles y administrativos para asegurar que las sociedades cumplan sus fines lícitos y acordes con la supeditación de la propiedad privada a su función social”*⁶⁰. En igual sentido SEQUEROS SAZATORNIL, al decir

⁵⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 516, entiende que la incorporación de los delitos societarios al Código Penal, viene marcada por la insuficiencia de medios o instrumentos jurídico-privados de carácter propiamente mercantil, que sirvan para dar respuesta a los comportamientos lesivos que se producen en el ámbito del Derecho de sociedades; asimismo, que acontece también un fracaso de los instrumentos jurídico-públicos de carácter penal, en tanto que las tradicionales figuras o delitos patrimoniales clásicos hasta entonces existentes, tampoco proporcionaban adecuada respuesta frente a tales comportamientos. Este fracaso de tales instrumentos, unido a la importancia económica de las propias sociedades y a la incidencia que tienen en la delincuencia económica, obligaba a introducir dentro del ámbito del Derecho penal la regulación de los delitos societarios.

⁵⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 279.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 279.

que “*el alumbramiento de los delitos societarios en el Código de 1995 fue motivado por el persistente clamor de la doctrina general así como el procedente de los más relevantes estamentos institucionales, particularmente: la Fiscalía General del Estado y el mismo Tribunal Supremo a partir de la inoperancia para afrontar los nuevos retos de la delincuencia económica con las previsiones normativas existentes limitadas a los delitos de falsedad, estafa, apropiación indebida y defraudación, como instrumentos tradicionales para su represión*”⁶¹. En el sentido indicado, la propia Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 de Código Penal, ya informaba que “*las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil*”.

Es por ello que antes de la incorporación de los delitos societarios en el Código Penal vigente, de forma mayoritaria por la doctrina se entendiera que las figuras tradicionales de los delitos patrimoniales o de falsedad no servían para dar adecuada respuesta a este tipo de hechos⁶², siendo por ello necesario reformar el Ordenamiento penal en este ámbito, tal y como se ha expuesto en anteriores líneas, no obstante lo cual, como nos recuerdan SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRÍGUEZ, no faltan algunos autores que sí consideran que los hechos tipificados en estos delitos societarios, pueden subsumirse en los delitos clásicos de falsedades, estafas, apropiaciones indebidas, alzamientos de bienes, etc.⁶³.

⁶¹ SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit., pp. 1.041 y 1.042.

⁶² Entre otros, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., pp. 827 y 828; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 325; LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 205; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 279; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 69; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 19.

⁶³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 325. LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 205, afirma que, en referencia al Proyecto de Código Penal de 1980, cuya regulación era muy diferente a la actual, también

algunos autores entendían posible que los entonces llamados delitos financieros pudieran ser amparados mediante los tipos de estafa, apropiación indebida o falsedades documentales. O como afirma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 9, algunos autores, aun reconociendo la existencia del citado vacío normativo, relativizan su importancia, en tanto que muchas de las acciones fraudulentas llevadas a cabo por administradores y directores de las entidades mercantiles, en realidad sí encajan en las figuras tradicionales de falsedad, estafa o apropiación indebida, produciéndose en todo caso, una impunidad más fáctica que legal. Para estos autores, los delitos societarios sólo serían admisibles “*en la medida en que respondan a la necesidad de protección del orden público económico, del equilibrio económico y la confianza en el sistema*”.

Sobre la parte de la doctrina que considera que los hechos tipificados en las figuras societarias pueden subsumirse en los delitos clásicos, vid., entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, pp. 9 y 10, y los autores allí citados.

En relación con esta cuestión, la supresión del delito societario de administración fraudulenta, contenida en el artículo 295 del Código Penal de 1995, como consecuencia de la reforma del texto penal operada en 2015, y su traslado junto con los delitos patrimoniales, como delito de administración desleal del patrimonio ajeno contenido en el artículo 252, según la Exposición de Motivos Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, trae su razón en lo siguiente:

“El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona.

La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado.

La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación”.

En atención al contenido de la Exposición de Motivos, no parece, pues, que la supresión del artículo 295 del Código Penal se haya debido a la posibilidad de su subsunción en las figuras tradicionales,

En relación con lo anterior, considero que no es posible subsumir los hechos descritos en el actual Código Penal como delitos societarios, en las figuras tradicionales de estafa, falsificación, insolvencias, etc., ya que los hechos descritos en los artículos 290 a 294, además de no compartir todos los elementos típicos de esos otros delitos, entiendo que con la aplicación de estas figuras clásicas quedarían sin protección otros intereses, puesto que los fines de los delitos societarios son más complejos que los fines de los delitos exclusivamente atentatorios de esos intereses patrimoniales individuales; los delitos societarios protegen, además de intereses puramente individuales, intereses de rango superior que afectan al orden socioeconómico, por lo que esa nota diferenciadora con respecto a las figuras patrimoniales clásicas, no hace posible que la mera aplicación de éstas sirva para proteger los intereses de aquéllas. En este sentido, los delitos societarios, protegen de forma mediata el orden socioeconómico, o por lo menos alguna parcela del mismo, con independencia de cuál sea el bien jurídico protegido en cada figura concreta.

Así las cosas, coincido con la mayoría de la doctrina en la necesidad de incluir en el Código Penal los delitos societarios, ya que desde el punto de vista político-criminal, responde a concretas circunstancias sociales y necesidades de protección, al tratarse de comportamientos capaces de acarrear graves consecuencias en la vida de las sociedades mercantiles y en los bienes de las personas vinculadas a las mismas, y en atención a la importancia que tiene el contexto empresarial para el correcto funcionamiento de un sistema económico, en el que las sociedades aparecen como un instrumento esencial para la economía de mercado. Y todo ello teniendo en cuenta además que, por un lado, con los medios del Derecho privado no era posible conseguir la salvaguarda de los

tales como la estafa o la apropiación indebida. Sobre esta reforma, vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Valencia, 2015, pp. 355 y ss.

intereses que se pretenden proteger mediante estas figuras, y por otro, que las figuras tradicionales resultaban a estos efectos insuficientes o inidóneas.

2.2. Sobre el principio de intervención mínima en los delitos societarios.

Sabido es que uno de los principios del Derecho penal consiste en limitar la intervención sancionadora del Estado a los hechos más graves y lesivos frente a los intereses jurídicos más importantes, evitando en definitiva comportamientos que pueden lesionarlos, cuando dicha protección no puede llevarse a cabo a través de medios menos gravosos que la pena, siendo éste un principio que debería ser especialmente observado en el caso de los delitos económicos y societarios⁶⁴, teniendo en cuenta que se trata de una materia regulada por el Derecho privado, en el que se prevén respuestas a las acciones ilícitas de los sujetos intervinientes en el devenir y funcionamiento de las sociedades y en el ámbito del tráfico societario⁶⁵. Tal principio de mínima intervención, reside, por un lado, en la idea de la no necesidad del Derecho penal y ausencia de justificación, cuando es posible procurar tal protección a través de otros medios encuadrables en otras partes del Ordenamiento jurídico, de tal forma que sean menos lesivos para los derechos individuales, deduciéndose de este modo la necesidad de que la protección dispensada por el Derecho penal sea adecuada y proporcional a la protección de los citados intereses. Y de otro, en la idea de que sólo los supuestos más graves y trascendentes que no pueden ser tutelados por

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 23.

⁶⁵ Así RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 37, Madrid, 1984, p. 684: “*el Derecho penal no puede sancionar indiferenciadamente todas las infracciones de los correspondientes preceptos civiles y mercantiles, sino que resulta obligado efectuar una selección, a fin de incorporar al ámbito de lo punible únicamente infracciones más graves y particularmente intolerables*”.

otros sectores del Derecho, deberían ser objeto de protección a través de este sector del Ordenamiento jurídico. Como pone de relieve MIR PUIG⁶⁶, “*entra en juego así el «principio de subsidiariedad», según el cual el Derecho penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos...*” y que el Derecho penal “*...no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos*”.

En el caso de los delitos societarios, lo anterior supone que sólo deberían ser contemplados por el Derecho penal los hechos que afectaran a la propia vida de la sociedad o a los intereses de los socios o terceros cuya protección no pudiera llevar a cabo a través del Derecho mercantil y civil, por no ser suficientes las medidas previstas en esos Ordenamientos⁶⁷, teniendo en cuenta, en todo caso, que la regulación de este tipo de infracciones, se entiende a modo de “ultima ratio” frente a los hechos más gravemente lesivos⁶⁸.

⁶⁶ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2011, p. 118. Como expone el citado autor, el principio de intervención mínima del Derecho penal está compuesto, de una parte, por el principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Derecho penal ha de ser en todo caso la “ultima ratio”, y de otra, por el carácter fragmentario del Derecho penal, a cuya sazón sólo deben sancionarse las modalidades de ataque más graves a los bienes jurídicos que se protege. Vid. también MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2010, pp. 72 y ss., extensamente sobre el principio de intervención mínima y sus consecuencias, así como sobre la subsidiariedad del Derecho penal. O SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit., p. 1.046, afirma que “*el principio de subsidiariedad, que no deja de ser un trasunto del de proporcionalidad en el ámbito del Derecho penal, trata de confirmar la idoneidad de la intervención punitiva a través de sus mecanismos procesales ante la conculcación de un bien jurídico merecedor de tutela y en ese orden, es evidente que no puede ser elevado a la categoría de bien jurídico-penal cualquier interés. Por ello y en aplicación del principio de fragmentariedad el Derecho penal sólo está llamado a intervenir como último remedio para proteger específicas formas de agresión*”. Al respecto y sobre la teoría jurídica del delito, vid. OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de la teoría del delito*, Madrid, 2012, autores igualmente del artículo “Aspectos controvertidos de la estructura dogmática de la infracción penal”, en *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, ICADE, Madrid, 2011.

⁶⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 573.

⁶⁸ BLANCO LOZANO, C., *Tratado... cit.*, p. 639.

Algunos autores van más allá, afirmando que la regulación penal de estas infracciones, sirve como refuerzo de la regulación del Derecho privado⁶⁹, e incluso se afirma la existencia de una relación de complementariedad entre las medidas mercantiles y las penales para la tutela de los bienes jurídicos de especial relevancia, reservándose al Derecho penal para las infracciones más graves⁷⁰, opiniones sin duda cuestionables, por cuanto no es misión del Derecho penal reforzar la regulación de las infracciones previstas en otras partes del ordenamiento jurídico y, en este sentido, considero que si son un mero reforzamiento de ilícitos privados, no está justificado el empleo del Derecho penal; tampoco opino que se dé entre unas y otras tal relación de complementariedad, sino que sencillamente el Derecho penal trata de proteger los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves, siempre y cuando no existan medios de protección menos lesivos que la pena y con la adecuada eficacia⁷¹.

Según la doctrina mayoritaria, el articulado del Capítulo XIII, del Título XIII del Código Penal, no respetaría el principio de intervención mínima. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ya afirmó que en el Derecho penal económico se

⁶⁹ Ibídem., p. 639.

⁷⁰ MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Madrid, 2005, p. 18. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 24, “la posibilidad de tutelar muchos de los intereses en juego mediante instrumentos de control menos agresivos de naturaleza mercantil y administrativa justifica también el carácter excepcional que lógicamente ha de otorgarse a la intervención penal en este ámbito, y la necesidad de ceñirla a las conductas más graves que no encuentren debida respuesta en aquellos sectores que se ocupan concreta y específicamente de la ordenación jurídica de los entes societarios”.

⁷¹ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., “Algunas... cit., p. 684; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Aspectos... cit., p. 215.

Por otra parte, desde un punto de vista dogmático, tratar el carácter complementario o de reforzamiento del Derecho penal junto con su función de protección de los intereses jurídicos relevantes contra los ataques más graves, no parece muy adecuado, ya que mientras ese carácter de complementariedad o reforzamiento puede significar renunciar a una protección autónoma, la protección de intereses jurídicos relevantes contra ataques graves, es siempre función del Derecho penal.

han introducido figuras de delito que vulneran abiertamente el principio de intervención mínima, mereciendo por ello su descriminalización⁷². Más concretamente, en lo que a los delitos societarios se refiere, SUÁREZ GONZÁLEZ pone de manifiesto cómo la inclusión de algunos de los tipos es altamente criticable, como los previstos en los artículos 291 y 293, donde resultaría evidente que el Código Penal estaría describiendo comportamientos regulados en la esfera del Derecho privado mercantil, en la que se producen suficientes respuestas eficaces para prevenir tales hechos⁷³. Asimismo SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRÍGUEZ, señalan que los artículos 291 a 294 son contrarios al principio de subsidiariedad del Derecho penal y a su naturaleza fragmentaria⁷⁴.

En atención a lo anterior, debe meditararse si resulta razonable o deseable que el Derecho penal sancione buena parte de las infracciones que se produzcan en relación con las normas civiles y mercantiles⁷⁵, desoyendo principios fundamentales penales tales como el de intervención mínima de esta rama del Derecho. Y es que, como afirman SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO⁷⁶, *“hay que evitar una ampliación del campo penal que invada las zonas de otras ramas del Derecho, sino es realmente necesario, pues así lo exige el principio de <<intervención mínima>>”*, ya que *“el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más*

⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, p. 28.

⁷³ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, p. 574.

⁷⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 325, en referencia a GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.

⁷⁵ En este sentido, MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcelona, 2010, p. 21.

⁷⁶ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 537.

importantes... Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho”⁷⁷.

Por su parte, la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, preveía que *“la existencia de un sector del sistema jurídico privado dedicado a los incidentes que puedan plantearse en la vida o actividad de las sociedades, ha dado lugar a una inaceptable práctica, según la cual los problemas de esa clase no tienen que ser tratados penalmente, porque ya tienen su específico régimen de solución jurídica”*. Frente a ello debe reiterarse que no todos los hechos que se producen en el ámbito societario y que pueden afectar a su funcionamiento, socios o terceros, deben ser regulados por el Ordenamiento penal, sino sólo aquellos que se hacen merecedores de tal protección, por resultar los más graves y por atentar contra los bienes o intereses más importantes, en cuyo caso deben ser tutelados de forma superior a la dispensada por las normas mercantiles o civiles, siempre que no existan otras medidas menos lesivas que la pena, pero con suficiente capacidad para tutelar tales intereses. Dado que los delitos societarios contemplan hechos previstos por normas extrapenales, la distinción entre ilícito penal y el correspondiente a otro orden jurisdiccional, debe tener su fundamento en la gravedad de los hechos, reservándose al Derecho penal los que impliquen mayor peligro para el bien jurídico protegido, así como al *“desvalor ético social que la conducta merezca en el contexto cultural”⁷⁸.*

A pesar de ello, algunos autores como SEQUEROS SAZATORNIL, opinan en relación a los delitos societarios, que el Derecho penal no habría observado tales principios limitativos⁷⁹. Así, el citado autor, critica que la regulación de los delitos societarios, tal y como se ha producido, no atiende ni a

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PG) cit.*, p. 72.

⁷⁸ Así MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 18.

⁷⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit.”, pp. 1.044 y ss.

verdaderas razones de política-criminal, ni es el resultado de un profundo y riguroso estudio jurídico, con respeto a los principios antes señalados que han de regir en el Ordenamiento penal, ya que la realidad es que responde a razones de oportunidad política y mero populismo.

En relación con la técnica empleada para la tipificación de estos delitos, entiende el citado autor⁸⁰ que se ha producido una deficiente regulación como consecuencia de la inadecuada definición de fines y medios tendentes a la correcta estructuración de la reacción social frente a “*conductas altamente indeseables*”, lo que ha supuesto que los particulares acudan abusivamente al empleo de la acción penal, circunstancia en la que entiende que ha tenido especial importancia el hecho de que sea el propio particular perjudicado el único que pueda iniciar tales acciones en el ámbito de estos delitos, de acuerdo con la previsión del artículo 296 del Código Penal.

En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, unos tipos penales excesivamente abiertos y genéricos pueden perturbar el tráfico económico, ya que esa defectuosa técnica en la tipificación puede ocasionar el efecto contrario al buscado, en vez de disuadir a la ejecución de los hechos pueden tener un efecto criminógeno. Y de la misma forma, resulta necesario que la regulación penal tenga en cuenta principios y criterios valorativos empleados en el ámbito del Derecho privado, ya que los instrumentos sancionadores de los distintos sectores del Derecho deben guardar en todo caso la debida coordinación con el fin de evitar distorsiones inadmisibles dentro del conjunto del sistema jurídico, lo que redundará en el necesario escalonamiento de las sanciones civiles o

⁸⁰ Ibídem., 1.044 y ss.

mercantiles y penales en orden al respeto de la relación que ha de existir entre gravedad del hecho e intensidad del mecanismo jurídico de respuesta⁸¹.

Además de las críticas ya expuestas a las técnicas de tipificación y al cuestionamiento de la legitimidad del empleo del Derecho penal, bien en relación con todos los delitos societarios bien con alguno de ellos, se añaden las vertidas por un sector de la doctrina sobre la ausencia de regulación de otros hechos que son gravemente atentatorios de los intereses que se quieren proteger, en concreto del correcto funcionamiento societario, como SUÁREZ GONZÁLEZ, que enumera algunos de estos supuestos a modo de ejemplo, como lo son la falta de convocatoria de la junta anual al dejar transcurrir el plazo legalmente previsto para ello, la falta de inscripción en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas o hacer constar el tráfico mercantil un domicilio social falso, entre otros comportamientos que pueden lesionar el capital social y que no son encuadrables en el supuesto del artículo 295 del Código Penal⁸².

De este modo, puede observarse cómo parte de la doctrina pone en entredicho tanto la correcta tipificación de los delitos societarios, como cuestiona la legitimidad en el empleo del Derecho penal atendiendo a la gravedad del hecho y a la posibilidad de respuesta que ofrece el derecho privado frente a tales ataques a los intereses a proteger. Así, se entiende que nos encontramos ante un claro ejemplo del llamado Derecho penal simbólico, ya que la inclusión en el Código Penal de estas figuras, responde según buena parte de la doctrina a cuestiones de oportunidad política y a la necesidad de que se penalizaran determinados comportamientos como consecuencia de los escándalos que se

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., pp. 23 y ss. Para SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho...* cit., p. 537, algunas de las figuras penales de los delitos societarios son excesivamente abiertas, lo que lleva aparejado el riesgo de perseguirse “conductas penalmente imprecisas”.

⁸² SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 574. Se refiere al suprimido artículo 295 del Código Penal, como consecuencia de la reforma de 2015.

sucedían tanto en los años previos como en los momentos coetáneos al de la tramitación legislativa de la reforma penal de 1995, pudiéndose haber prescindido del debido rigor jurídico tanto a la hora de decidir qué hechos se hacían merecedores de protección en el ámbito penal, como a la hora de tener en cuenta los fundamentos y principios tradicionales de esta parte del Derecho. En este sentido, y como ya he indicado, se viene entendiendo que el Derecho penal debería haber dado acogida exclusivamente a aquellos hechos que afectaran directa y gravemente a la vida de la sociedad, así como a los intereses más importantes de los socios o terceros, y sin embargo, para un gran sector de la doctrina española, el resultado de la reforma penal ha sido la inclusión de determinados comportamientos suficientemente tutelados por el Derecho privado, y de la misma forma, la exclusión de concretas infracciones que habrían dado oportuna respuesta a hechos graves con insuficiente respuesta jurídica. Estas circunstancias pondrían de relieve, además de la impericia del legislador, una falta de coordinación entre las distintas ramas del Derecho en lo que se refiere a la sanción de hechos merecedores de respuesta legal, con olvido de que la unidad interna del propio Ordenamiento jurídico debe ser un principio que rija por encima incluso de la autonomía del Derecho penal en orden a decidir qué conductas deben ser sancionadas por esta vía, que ha de estar reservada en todo caso para las conductas más graves, teniendo en cuenta el principio de intervención mínima, y que a su vez acoge los de subsidiariedad del Derecho penal y su naturaleza como “ultima ratio”, y el de carácter fragmentario, a cuya sazón sólo deben sancionarse las modalidades de ataque más graves a los bienes jurídicos más importantes, cuando no exista un medio alternativo a la pena, menos gravoso y de igual eficacia.

En mi opinión, es cierto que la agrupación de todas las figuras del Título XIII del Código Penal bajo la rúbrica “*De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”, no permite distinguir o diferenciar cuáles de ellas describen hechos atentatorios contra el patrimonio y cuáles contra el orden

socioeconómico, siendo preciso por ello un estudio pormenorizado de cada una de estas figuras.

Por su parte, en lo que respecta a los delitos societarios del Capítulo XIII del citado Título, coincido con la mayoría de la doctrina en considerarlos esencialmente delitos lesivos de intereses particulares o individuales, ya de la propia sociedad, de los socios, de los acreedores o de otros terceros. Asimismo, estoy de acuerdo de nuevo con la mayoría de la doctrina, cuando evidencia o pone de relieve que, además de ese carácter patrimonial, se trata de delitos que al tiempo tienen un segundo interés indirecto o interés mediato, y ello con independencia de cuál sea el concreto bien jurídico protegido en cada caso. Interés mediato, el orden económico, que se deduce de la importancia que tienen las entidades mercantiles en las sociedades modernas y en las economías de los Estados, al menos de nuestro entorno, basadas precisamente en los principios de economía de mercado y libertad de empresa, siendo por ello preciso que las sociedades funcionen correctamente para lograr suficiente y adecuada confianza de la ciudadanía, de donde puede afirmarse que existen intereses de orden público que exigen el correcto funcionamiento de las sociedades. Precisamente en coherencia con ello, también opino que los delitos de este Capítulo del Código Penal quedan incluidos en el concepto amplio de Derecho penal económico.

Siendo esto así, si además de un interés inmediato de carácter patrimonial e individual, existe otro interés mediato de carácter socioeconómico, podría resultar no ser tan desacertado, como la doctrina mayoritariamente considera, la inclusión de los delitos societarios bajo la rúbrica del Título XIII, con independencia de que la misma no permita distinguir los delitos eminentemente atentatorios del patrimonio de los atentatorios fundamentalmente del orden socioeconómico.

Por otra parte, el estudio de estas figuras nos descubre, como he concluido, que, dicho con carácter general⁸³, se trata de delitos que atentan directamente contra intereses individuales de determinados sujetos, los cuales aparecen enumerados en los correspondientes artículos del Capítulo XIII. En realidad, ello resulta coherente con el hecho de que, como también he indicado en anteriores líneas, el texto penal parezca referirse de forma exclusiva precisamente a los intereses de los socios o terceros como bienes a proteger.

Al margen de lo anterior, parece indiscutible a la vista de las reivindicaciones doctrinales, que la inclusión de estos delitos en el Código Penal responde a la idea de otorgar mayor nivel de protección frente a determinados hechos atentatorios tanto de esos intereses particulares en forma directa, como del orden socioeconómico en forma indirecta.

Reivindicaciones doctrinales basadas en el hecho de que las figuras tradicionales contenidas en el texto penal, no eran suficientes para dar adecuada respuesta frente a los hechos lesivos de tales intereses.

En este sentido, lo cierto es que los delitos de falsedad, estafa o apropiación indebida, no presentan esa segunda dimensión de interés a proteger – el interés mediato por el orden socioeconómico-, sino que se tratan de figuras exclusivamente protectoras de intereses patrimoniales individuales. Por ello considero que, aunque pudiera llegar a aceptarse que los delitos societarios sólo incluyen ciertas modalidades de los tipos básicos de aquellas figuras, como también he indicado en el presente Capítulo, su posible afectación a grupos sociales y al correcto funcionamiento de la economía y el mercado, esto es, a la confianza que se espera del funcionamiento de las empresas y del sistema económico, hace que no puedan subsumirse sin más como modalidades de

⁸³ Afirmino esto sin perjuicio de lo que más adelante expondré.

delitos clásicos patrimoniales, sino que precisa de su propio ámbito. Se tratan por tanto de delitos más complejos en este sentido que las figuras clásicas patrimoniales, las cuales podrían llegar a tutelar en ocasiones los intereses particulares de socios o terceros, pero no el orden socioeconómico, o alguna parte del mismo, entendido como un interés mediato.

En otro orden de cosas, lo cierto es que la acción del Derecho penal de acuerdo con el principio de mínima intervención, exige que, en el caso de los delitos societarios, sólo deberían ser contemplados los hechos que, poniendo en riesgo la vida de la propia sociedad o los intereses de los socios o terceros, no pudieran ser protegidos debidamente por el Derecho privado, en tanto que las medidas previstas para ello no fueran suficientes a tal fin, siempre que además dicha respuesta por parte del derecho penal viniera respaldada por tratarse de los hechos más gravemente lesivos y su intención estuviera marcada por su carácter de “ultima ratio”.

En correspondencia con ello, no comparto la idea de que las medidas penales refuercen la respuesta que pueda proporcionar el Derecho mercantil, ni tan siquiera que ambas partes del Ordenamiento jurídico se complementen en este sentido, toda vez que ninguna de estas ideas justifica por sí la intervención penal; la protección de los intereses jurídicos relevantes contra los ataques más graves, será función del Derecho penal y motivará su intervención, siempre que no existan además otros medios de protección menos lesivos que la pena y con la debida eficacia.

En relación con ello, resulta llamativo cómo la mayoría de la doctrina considera que la regulación que hace el Código Penal de los delitos societarios, no respeta el principio de intervención mínima de esta parte del Derecho y, de la misma manera, denota una técnica de tipificación incorrecta, por establecerse delitos excesivamente abiertos, circunstancias que ponen de manifiesto una

incorrecta o deficiente praxis legislativa y, por tanto, una ausencia de legitimidad del empleo del Derecho penal.

Nuevamente debo reiterar que no todos los hechos que se producen en el ámbito societario y que pueden incidir en su funcionamiento o en los intereses de los socios o terceros, deben ser objeto de regulación penal, sino que ello debe quedar reservado a los intereses verdaderamente merecedores de tal protección, los más importantes, por resultar los hechos que los lesionan muy graves, siempre que no existan esos otros medios de protección alternativos a los que hacía referencia, capaces de tutelar tales intereses con la debida eficacia.

3. NECESIDAD DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL.

Ya he indicado que el Código Penal de 1995, regula por primera vez en la legislación española los denominados delitos societarios, dentro del Título XIII, *“delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”*, y entre ellos incluye el artículo 290, que establece en su párrafo primero que *“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”*, añadiendo su segundo párrafo que *“Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”*.

Dejando para posterior momento el análisis del citado artículo, en cuanto a la justificación de la necesidad de la regulación de dicho comportamiento en el ámbito de la esfera penal, debe entenderse, a mi modo de ver y en correspondencia con lo ya dicho anteriormente, que a pesar de preverse por la

normativa mercantil el deber de los administradores en relación con la veracidad de los documentos económicos y jurídicos que han de reflejar correctamente el estado en el que se encuentra la entidad, en definitiva el deber de lealtad, lo cierto es que concurren dos aspectos que indefectiblemente han de ser tenidos en consideración por su evidente relevancia.

De una parte, dada la importancia y protagonismo de las sociedades mercantiles en el ámbito económico en el marco de una economía de mercado, regida por la libertad de empresa de acuerdo con el texto constitucional, resulta imprescindible que estos principales actores de la vida económica, sean soporte de la necesaria confianza que requiere el buen funcionamiento del sistema económico, razón por la que los comportamientos descritos en el artículo 290 del Código Penal, entiendo que se han hecho merecedores de especial tratamiento o tutela, en orden a evitar las negativas consecuencias que para la economía en general se derivarían de la práctica habitual de dicho tipo de acciones. Ello significa que la gravedad del hecho viene dada por su repetición; “a sensu contrario”, ha de entenderse que una sola falsedad no compromete el correcto funcionamiento de las sociedades y el cumplimiento de las funciones del deber de veracidad, por lo menos en cuanto riesgo para el orden socioeconómico, pero su repetición sí lo haría⁸⁴.

⁸⁴ Ello no obstante, sin ánimo de profundizar en este momento en la cuestión, la figura del artículo 290 del Código Penal no podría ser entendida como un delito acumulativo, en tanto que, como expondré y justificaré más adelante, en el caso de este delito societario, nos hallamos en presencia de un delito de resultado lesivo del bien jurídico protegido y no ante un delito de peligro abstracto. Sobre los delitos acumulativos vid. BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tesis Doctoral inédita dirigida por Gómez Pavón y Ferré Olivé, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid, 2015, pp. 70 a 93. Igualmente vid. los autores allí citados, entre ellos, FERRÉ OLIVÉ, J.C., “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Revista Penal*, núm. 33, Valencia, 2014, p. 100; y RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Barcelona, 2008, p. 16.

Y por otra parte, la falsificación de documentos sociales capaces de causar perjuicios económicos a la propia entidad, así como a sus socios o terceros, adquiere igualmente una especial relevancia merecedora de tratamiento punitivo más severo que el que podría derivarse de la propia normativa mercantil o civil, ya que supone un flagrante y directo atentado contra la vida de la propia sociedad, así como contra los intereses patrimoniales de sus socios y terceros acreedores relacionados con la mercantil, extensible incluso a los terceros que potencialmente podrían vincularse a la misma en atención al estado aparente de la sociedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, entiendo que el artículo 290 del Código Penal se justifica en la necesidad de garantizar la fiabilidad de la información sobre la situación de las sociedades en el tráfico jurídico, sin perjuicio de un posterior análisis del bien jurídico protegido. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRÍGUEZ ponen de manifiesto cómo el motivo de la tipificación del artículo 290 del Código Penal, reside en la importancia que poseen los documentos contables en la vida societaria, especialmente en relación con las funciones de garantía que cumplen el capital y el patrimonio de la sociedad; igualmente, el derecho de la propia entidad, socios y terceros a obtener información completa y veraz sobre la situación económica y jurídica de la entidad⁸⁵. En igual sentido, ROCA AGAPITO entiende que desde un punto de vista económico, teniendo en cuenta la importancia de las sociedades en este ámbito, resulta imprescindible contar con una información lo más fiable posible de la situación patrimonial de las empresas con las que se tiene intención de entablar determinados negocios jurídicos; y asimismo, esta vez desde el punto de vista jurídico, es igualmente preciso garantizar la veracidad de los documentos

⁸⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 329.

que deban reflejar la imagen fiel de la entidad, para evitar que bienes jurídicos importantes se vean lesionados o corran el riesgo de serlo⁸⁶.

Ya he tenido ocasión de comentar cómo en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, dentro del Título denominado “*De los delitos socioeconómicos*” y Capítulo “*Delitos Financieros*”, ya existía un claro precedente del actual artículo 290, que se mantuvo en el Anteproyecto de Código del año 1992, dentro del Capítulo ya denominado “*Delitos Societarios*” y, asimismo, en el Anteproyecto de 1994 y en su posterior Proyecto. Es evidente que su tipificación venía siendo demandada por la doctrina más autorizada, por entenderse la existencia de una laguna legal que tutelara este grave actuar carente de la debida respuesta por parte de la esfera privada del Derecho, capaz de causar daños a bienes merecedores de una mayor protección legal. A este respecto, MESTRE DELGADO considera que el legislador ha pretendido garantizar a los ciudadanos la adecuada transparencia institucional de las sociedades como instrumentos de participación en el mercado, fomentando de esa forma que los particulares dinamicen la vida económica mediante la inversión en las entidades mercantiles y la formalización con las mismas de concretos negocios jurídicos⁸⁷.

⁸⁶ ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., pp. 718 y 719. También así BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 658; y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, pp. 25 y 26.

⁸⁷ MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit., p. 403. Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998, pp. 206 y 207, que aunque pudiera considerarse que el artículo 290 del Código Penal no viene a cubrir laguna alguna de punibilidad, al poderse entender que las conductas contenidas en el mismo podrían tener cabida dentro de la falsedad en documento mercantil del artículo 392, sin embargo, el artículo 290 posee una mayor amplitud, al poder tener lugar la falsedad por parte del particular mediante la modalidad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos o falsedad ideológica. Cuestión ésta a la que me referiré a continuación.

Por su parte, y como expone ROCA AGAPITO⁸⁸, resulta frecuente que una manipulación contable sirva de instrumento para la realización u ocultación de delitos tales como los de administración fraudulenta, estafa, defraudación tributaria, alzamiento de bienes o blanqueo de capitales, entre otros, delitos que *“no siempre abarcan todos los hechos merecedores de sanción penal relacionados con la falsificación de documentos sociales”*. Y sí por ejemplo, *“en muchas ocasiones sucederá que no se reúnan todos los requisitos típicos de la estafa, y sin embargo, la conducta llevada a cabo revista ya la suficiente gravedad como para afectar al patrimonio de la propia sociedad, de los socios o de terceros”*.

Finalmente resulta obligado añadir que para la mayoría de la doctrina, la tipificación como delito del hecho descrito en el artículo 290, resulta claramente justificada y procedente, a diferencia de las distintas opiniones que en relación a ello se exponen acerca de los demás delitos societarios del Capítulo XIII, habiendo sido considerado como *“el núcleo central del Derecho penal societario”*⁸⁹. En opinión de BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, el delito del artículo 290 es el único, junto con el actualmente extinto de administración desleal del artículo 295⁹⁰, *“que merece un tratamiento expreso como delito debiendo haberse abandonado las demás figuras de este capítulo al ámbito civil mercantil”*⁹¹. Y asimismo BACIGALUPO ZAPATER, para quien la necesidad de este delito era ineludible⁹², y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁹³,

⁸⁸ ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 719.

⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 55.

⁹⁰ Precepto suprimido tras la reforma del Código Penal de 2015.

⁹¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 658.

⁹² BACIGALUPO ZAPATER, E., “Los delitos societarios en el nuevo Código Penal”, en Bacigalupo Zapater, (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005, p. 429.

afirmando que *“en la doctrina española especializada siempre ha existido consenso a la hora de propugnar la criminalización de esta clase de comportamientos falsarios como una de las más características en el marco de los denominados delitos societarios”*.

Al margen de todo ello, resta decir que la tipificación de las conductas del artículo 290 del Código Penal, además de responder a las circunstancias expuestas anteriormente, presenta otros dos factores igual de importantes. En primer lugar, mediante el artículo 290 se evitan verdaderas situaciones de impunidad cuando los hechos se llevan a cabo por sujetos que, actuando como administradores, sin embargo, por concretas circunstancias, no ostentan tal cargo conforme a la normativa mercantil. En relación a ello, como tendré ocasión de exponer, se abre un abanico de posibles sujetos activos del delito objeto de estudio, bajo la denominación de administradores de hecho.

Como también tendré ocasión de exponer más adelante, en el Derecho mercantil se prevén tanto los deberes concretos de los administradores de las sociedades en orden a la composición de los documentos sociales y a la necesaria exactitud de su contenido, como la de los empresarios en orden a la llevanza de una contabilidad ordenada y fiel, y asimismo, los requisitos formales y de publicidad de tales documentos. Pero también, al menos con mayor nitidez desde la reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo en 2014⁹⁴, las situaciones en las que tales comportamientos contrarios a la norma se producen por personas que, careciendo del nombramiento legal, actúan como si de

⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, 2011, p. 372. En parecidos términos, el mismo, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, 2013, pp. 206 y 207.

⁹⁴ Reforma llevada a cabo a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

formales administradores se tratara, escenarios frente a los que el Derecho mercantil no había articulado, hasta la mencionada reforma, adecuada respuesta.

Es posible que la falta de regulación de dichas situaciones en el ámbito del Derecho mercantil, antes de la citada reforma, estuviera justificada por lo irrelevante que resultaba para dicha rama del Derecho la actuación de un tercero no administrador, en tanto que las cuentas anuales o los documentos contables, los elabore quien los elabore, a resultas estarán firmados o presentados para su aprobación por la persona que ostente el cargo de administrador de derecho o por el órgano colegiado que ostente administración de la entidad, por lo que será ésta persona física o éste órgano de administración (sus miembros) el responsable de la veracidad y del contenido de los citados documentos en relación con el estado real contable de la sociedad. Sin embargo, esta presunta irrelevancia que tenía para el Derecho privado la actuación por parte de quien llevaba a cabo de forma material y sin nombramiento legal la alteración de los documentos sociales, no puede servir de argumento para comprender justificada o necesaria la intervención del Derecho penal, ni para tratar de evitar la producción de determinados hechos por parte de los administradores de facto, ni para tratar de evitar la impunidad de los mismos ante una falta de regulación en este sentido por parte del Derecho mercantil como la que acaecía.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el empleo del Derecho penal no puede justificarse ni en el hecho de no haberse previsto protección o respuesta frente a determinadas acciones por el Derecho privado, ni en un supuesto reforzamiento de los preceptos existentes en esa parte del Derecho, sino que la intervención del Ordenamiento penal, debe venir vinculada a aquellos hechos que por su gravedad y porque no exista otro medio alternativo menos gravoso y de igual eficacia, justifiquen su intervención.

Por consiguiente, opino que la inclusión de los administradores de hecho en la redacción del artículo 290 del Código Penal, no busca esencialmente evitar que los mismos eludan su posible responsabilidad derivada de la realización de los hechos descritos por la norma, por el hecho de no ser los administradores de derecho de la sociedad, sino que, sin negar que efectivamente con la inclusión de los administradores de “facto” se evitan situaciones de impunidad de dichos sujetos activos del delito, lo cierto es que su incorporación en la descripción del tipo tiene como verdadera finalidad la protección del bien jurídico inmediato o técnico, al que haré referencia más adelante, y asimismo, la protección mediata del orden socioeconómico. Por el contrario, autores como GONZÁLEZ RUS parece que sí consideran que la inclusión del administrador de hecho en la redacción del artículo 290 del Código Penal tiene como primera pretensión que no se produzcan esas situaciones de impunidad, y ello al decir que la inclusión de la figura del administrador de hecho en la previsión del artículo 290 del Código Penal, *“responde al deseo de evitar situaciones de impunidad que sin su mención expresa podían plantearse, bien por abandono en la formalización de los nombramientos, bien como fórmula buscada a propósito para amparar irregularidades o abusos”*⁹⁵.

Finalmente, como segundo factor de relevancia, puede afirmarse que de no haberse previsto la tipificación de los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, en gran medida los mismos serían impunes, ya que se tratarían posiblemente de supuestos que encajarían en el ámbito de la falsedades ideológicas, descriminalizadas con carácter general en el artículo 392 del Código Penal⁹⁶. Efectivamente, sin perjuicio del posterior estudio de la figura del artículo

⁹⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 831, en referencia a RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.

⁹⁶ Como pone de relieve RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 23, tras la entrada en vigor del actual Código Penal, la falta a la verdad en la narración de los hechos o falsedad ideológica, no resulta punible salvo que se realice por funcionario público y en documento público, de tal forma que resultará impune la falsedad realizada por un particular, con independencia de si la

290, lo cierto es que el hecho de que la mera falsedad documental descrita en el mencionado precepto pudiera ser impune, por entenderse como una falta a la verdad en la narración del estado en el que se encuentra la sociedad y en tanto que la misma fuera cometida por persona particular distinta del funcionario público, pone de relieve la importancia de los tipos penales como el del mentado precepto que, en este sentido, actúa como excepción a la impunidad general de la falsedad ideológica⁹⁷. Precisamente en este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, afirma que con el Código Penal de 1995, *“se ha producido, por tanto, una importante despenalización, compensada por la creación de tipos especiales de falsedad documental, entre otros, en el ámbito societario”*⁹⁸. E igualmente BENEDÍ ANDRÉS, al decir “a sensu contrario” que *“una determinada ausencia de verdad en un particular, no será impune por tratarse de una falsedad ideológica, sino por no estar integrada en uno de los tipos penales”*⁹⁹.

A modo de conclusión, puede decirse que las razones de política-criminal que impulsaron la tipificación de los hechos consistentes en la falsificación de documentos económicos y jurídicos empresariales, cuando los mismos son capaces de causar perjuicios económicos a la propia sociedad, los socios o

misma es realizada, ya en documento público o privado, ya en documento oficial o mercantil. En el caso del particular, sólo se penalizan la falsedad material o la falsedad ideológica que consista en la *“suposición ficticia de intervención de personas o en atribuirles manifestaciones distintas de las reales”*.

⁹⁷ Como señala la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona, de 14 de marzo de 2014 (ARP 2014\443), *“Entiende el Tribunal Supremo que este precepto recoge una concreta falsedad ideológica, que se mantiene como delito por su especial relevancia con los bienes jurídicos especialmente protegidos, teniendo en cuenta que las actividades societarias repercuten sobre la vida económica de un país, lo que determina el interés en que se refleje de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados”*. En iguales términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 7 de mayo de 2015 (JUR 2015\137357). Esta doctrina jurisprudencial aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005\1084).

⁹⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 23.

⁹⁹ BENEDÍ ANDRÉS, C., *“Simulación de documentos y falsedad ideológica”*, en [www.derecho.com](http://www.derecho.com/articulos/2001/05/15/simulacion-de-documentos-y-falsedad-ideologica/), <http://www.derecho.com/articulos/2001/05/15/simulacion-de-documentos-y-falsedad-ideologica/>, ultimo acceso el día 10 de julio de 2015, publicado en 2001.

terceros, y asimismo, de forma mediata daños al propio sistema económico o economía en general, residen en tratarse de comportamientos capaces de acarrear graves consecuencias en la vida de las propias entidades y en los bienes de las personas vinculadas a las mismas. Y por su parte, que la regulación penal de los hechos del artículo 290, estaría justificada o legitimada por la importancia que tiene la transparencia y la fiabilidad de la documentación empresarial para el correcto funcionamiento de un sistema económico, en el que las sociedades aparecen como un instrumento esencial para la economía de mercado, lo que a su vez justifica su tratamiento como delito socioeconómico.

A pesar de que con la regulación del citado artículo 290 del texto penal se evitaban y evitan auténticas situaciones de impunidad llevadas a cabo por personas que, sin ostentar el cargo de administrador conforme a Derecho, precisamente escudados en dicha eventualidad actuaban y actúan impunemente lesionando y poniendo en peligro bienes e intereses particulares y, en ocasiones, alterando el correcto devenir de la vida económica en general, lo cierto es que no considero que el mero hecho de evitar tal situación de impunidad de determinados sujetos, por una falta de previsión por parte del Derecho privado, justifique o legitime la intervención del Ordenamiento penal, sino que su intervención se debe a la necesaria protección de unos bienes jurídicos que, por su importancia, se han hecho merecedores de protección penal frente a los ataques más graves.

Por último, considero igualmente relevante y decisivo en relación a la necesidad de la regulación específica de los hechos previstos en el artículo objeto de estudio, por su esencialidad para la economía del mercado, la circunstancia de que con ello se está salvando o exceptuando la posible descriminalización que tendría la falsedad de los documentos sociales descrita en el tipo, teniendo en cuenta que podrían considerarse incluidos en el supuesto de falsedad ideológica, por la falta de correspondencia de los documentos sociales con la realidad

jurídica o económica de la sociedad, como consecuencia de la alteración documental cometida por un particular.

4. EL CONCEPTO PENAL DE SOCIEDAD COMO DISPOSICIÓN COMÚN A LOS DELITOS DEL CAPÍTULO XIII DEL TÍTULO XIII DEL CÓDIGO PENAL.

El artículo 297 del Código Penal contiene una definición a efectos penales, en el contexto de los delitos societarios, de qué habrá de entenderse por sociedad¹⁰⁰. En dicha definición resultan contenidas, además de las sociedades mercantiles propiamente dichas, las sociedades cooperativas, las cajas de ahorro, las mutuas, las entidades financieras o de crédito, las fundaciones y cualquier otra entidad de análoga naturaleza que participe en el mercado de forma permanente para el cumplimiento de sus fines. El objeto de la citada definición es, en opinión de DEL ROSAL BLASCO, *“abarcas, con la suficiente extensión, no sólo las conductas delictivas que puedan llevar a cabo los administradores (o socios) de las que podríamos denominar sociedades mercantiles prototípicas (especialmente, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada),*

¹⁰⁰ Código Penal:

“Artículo 297.

A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

Sobre el citado precepto vid., entre otros, las exposiciones de AGUIRRE LÓPEZ, J., “El artículo 297 del Código Penal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, pp. 165 a 192; de CASTRO MORENO, A., “El concepto penal de sociedad en los nuevos delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código Penal”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 31, Madrid, 1998, pp. 46 a 58; de FARALDO CABANA, P., “Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del Código Penal de 1995”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998, pp. 49 y 59 a 69; de GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “El concepto de sociedad en la tipificación de los delitos societarios”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 389, Pamplona, 1999, pp. 1 a 6; o de PORTERO HENARES, M., “El concepto de sociedad en el Código Penal”, en *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, Vigo, 2002, pp. 71 a 88.

*sino igualmente las de los administradores (o “socios”) de todas las entidades de naturaleza societaria que participan en el tráfico jurídico-económico”*¹⁰¹.

Tal y como señala MORENO CHAMARRO, dos son los elementos esenciales en el concepto de sociedad recogido en el artículo 297: la agrupación de personas bajo cualquier forma, y la finalidad de participación en el mercado¹⁰². A los anteriores requisitos, debería sumarse el consistente en la necesidad de que dicha agrupación orientada a la participación en el mercado, cuente con personalidad jurídica, elemento que si bien pudiera presumirse en atención a los dos requisitos señalados, opino que resulta adecuado enunciarlo expresamente¹⁰³. En relación con el primero de los elementos, según algunas opiniones doctrinales, los delitos societarios serán aplicables, a todos los supuestos de asociaciones o sociedades, ya civiles ya mercantiles, cuyo objeto social esté orientado a la participación en el mercado¹⁰⁴; por el contrario, otro sector doctrinal considera que entidades como las asociaciones o las sociedades civiles, quedarán excluidas del citado artículo 297¹⁰⁵. Y en relación con el

¹⁰¹ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998, pp. 72 y 73.

¹⁰² MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, pp. 161 y 162. En opinión del autor, nos hallamos en presencia de “un «números apertus» de instituciones, formales o informales, que, pese a participar en el mercado, no deben estar siempre guiadas por el ánimo de lucro, pero han de perseguir un beneficio económico”. Estos elementos o requisitos son definidos por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo XIII. De los delitos societarios”, en Conde-Pumpido Tourón (dir.) y López Barja de Quiroga (coord.), *Comentarios al Código Penal, Tomo 3. Arts. 205 al 318*, Barcelona, 2007, p. 2.280, como “forma social” y “actividad mercantil”.

¹⁰³ Precisamente en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de mayo de 2014 (JUR 2014\180400), señala que el hecho de que la entidad carezca de personalidad jurídica, hace que no presente análoga naturaleza con ninguna de las mencionadas en el artículo 297 del Código Penal.

¹⁰⁴ Entre otros, por citar alguno, VALLE MUÑIZ, J.M., “Capítulo XIII: De los delitos societarios”, en Quintero Olivares (dir.) y Valle Muñiz (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1338.

¹⁰⁵ También por citar a algún autor, MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996, pp. 349 y 350. Así, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de mayo de 2014 (JUR 2014\180400), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 3 de abril de 2014 (JUR 2014\20649), esta última señalando cómo “se

segundo de los elementos, a pesar de la expresión empleada en el precepto, parece que lo determinante en opinión de la doctrina, no será tanto el carácter indefinido del periodo de constitución de la sociedad, como la creación de una estructura societaria de carácter estable y definida, susceptible de poner en juego intereses como los que son objeto de tutela¹⁰⁶; de este modo, podrán quedar incluidas en el concepto de sociedad recogido en el artículo 297 del Código Penal, aquellas entidades creadas por tiempo determinado, pero cuyo fin sea la participación de forma estable en el mercado.

De lo anterior se aprecia, por tanto, una discrepancia doctrinal en cuanto a las entidades que habrán de quedar abarcadas por el concepto penal de sociedad, lo que obliga a prestar atención a la frase “*o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*”. Sin entrar a analizar en profundidad este debate doctrinal y las distintas opiniones vertidas, me referiré a modo de ejemplo, a dos posiciones contrapuestas. Así, en opinión de MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO¹⁰⁷, esta previsión (“*o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*”), no sería suficiente para incluir algunas entidades, tales como las asociaciones, las sociedades civiles o los Organismos Públicos con personalidad jurídica que no revistan forma societaria, y ello por varios motivos: en primer lugar, sería una interpretación que conculcaría el principio de prohibición de analogía “*in malam partem*”, pues cualquier inclusión en el concepto de sociedad del artículo 297

discute si pueden serlo (entre otras) las sociedades civiles, comunidades de propietarios, asociaciones, comunidades de bienes, patrimonios separados, uniones temporales de empresas, cuentas en participación, sociedad de gananciales, etc.”.

¹⁰⁶ Así, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 41 y 42.

¹⁰⁷ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 349 y ss.

basada en la analogía, parece que lo sería “contra reo”¹⁰⁸; en segundo lugar, parece que al señalarse “*análoga naturaleza*”, la misma sería con respecto a las sociedades mercantiles y no al resto de entidades enumeradas en el precepto, por lo que no parece aplicable a las asociaciones, por ejemplo, dicha previsión; en tercer lugar, la expresión “*de modo permanente*” no parece que pudiera aplicarse a este tipo de entidades no citadas en el artículo, como de nuevo las asociaciones, pues parece lógico que su actuación en el mercado no será permanente, sino puntual; y finalmente, en cuarto lugar, la ambigüedad de la expresión “*mercado*”, hace pensar que viene referida, en sentido amplio, al hecho de tener alguna actividad, por lo que deberán excluirse las sociedades sin actividad alguna, las cuales se entiende que dejan de participar en el mercado. Contrariamente, en opinión, también por ejemplo, de DÍAZ-MATORO Y VILLAREJO y POLO VEREDA, “*las sociedades típicas del artículo 297 CP son tanto las enumeradas expresamente en él como aquéllas otras que, teniendo personalidad jurídica, necesitan relacionarse regularmente con el exterior para desarrollar su objeto social y alcanzar así sus fines*”¹⁰⁹.

En relación con esta cuestión sobre la mayor o menor amplitud del concepto penal de sociedad contenido en el artículo 297 del Código Penal, me muestro conforme con la conclusión a la que llega FARALDO CABANA¹¹⁰, cuando señala que con la alusión a “*cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente*

¹⁰⁸ A ello se ha referido la Sentencia anteriormente mencionada de la Audiencia Provincial de Palencia, de 3 de abril de 2014 (JUR 2014\20649), en los siguientes términos: “*Precepto éste [se refiere al artículo 297 del Código Penal]... adornado por una cláusula final de aplicación analógica que pudiera considerarse in malam partem, al poder ser relacionada con lo establecido en el art. 4,1 CP*”.

¹⁰⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas generales de aplicación a los delitos societarios*, Sevilla, 2002, p. 48.

¹¹⁰ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000, p. 70.

en el mercado”, el legislador lo que ha pretendido, ha sido extender el ámbito de aplicación de los delitos societarios “a todos los empresarios mercantiles personas jurídicas”, lo que responde al intento por dar un tratamiento unitario en el contexto penal, a todas las entidades que actúen de manera permanente en el mercado, lo que supone excluir a entidades tales como las sociedades civiles, que no lleven a cabo actividades mercantiles¹¹¹, pero no así a las sociedades irregulares, que deben equipararse a las sociedades en formación¹¹²; en este

¹¹¹ En este sentido, GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 506.

“A sensu contrario”, sí podrían quedar incluidas en el concepto de sociedad del artículo 297, aquellas entidades distintas de las enumeradas en el citado precepto, que sí participasen de modo permanente en el mercado. Así por ejemplo, de nuevo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 3 de abril de 2014 (JUR 2014\20649), deja abierta esta posibilidad, al indicar que en el caso de “*esta concreta asociación no entendemos sea factible introducirla dentro del ámbito del aludido art. 297 CP y por ende incluirla en el contenido del art. 290 CP...*”. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (ARP 2014\1262), todavía más clara, al señalar que “*esta Sala no encuentra obstáculo para considerar a la Comunidad de Bienes objeto de esta litis encuadrable dentro de las entidades recogidas en el artículo 297 del Código Penal dado que su fin fue el de participar de modo permanente en el mercado, realizando actos de comercio de modo habitual*”.

También en relación con la cuestión objeto de comentario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 5 de febrero de 2013 (JUR 2013\265235), al indicar que “*Cabe significar, a mayor abundamiento, el debate doctrinal que la relación de entidades contenidas en el artículo 297 del Código Penal ha suscitado sobre la aplicación a las asociaciones sin ánimo de lucro de las figuras tipificadas en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del Código Penal y sobre el que, por el momento nuestro más Alto Tribunal no se ha pronunciado más que en alguna Sentencia aislada, así la de 16 de marzo de 2007, excluyendo del referido precepto determinada fundación al no haber sido acreditado que participara en el mercado. En la llamada jurisprudencia menor son varias las Sentencias que han descartado la incardinación en los delitos societarios de entidades no propiamente mercantiles (SSAP Cuenca, Sección 1^a, de 9 de junio de 2010, Madrid, Sección 6^a, de 11 de mayo de 2009 y Sevilla, Sección 7^a, de 27 de junio de 2003)*”. Precisamente, de estas últimas Sentencias citadas, por ejemplo la de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 2009 (ARP 2009\792), señala en relación con el supuesto de una asociación sin ánimo de lucro, que es nota esencial para entender que la entidad reúne las notas imprescindibles exigidas en el artículo 297 del Código Penal, la participación de modo permanente en el mercado, lo que debe entenderse como “*la realización de actos de comercio de modo habitual*”.

¹¹² GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 506. A fin de evitar lagunas de punibilidad.

Precisamente en relación con las sociedades en formación, en correspondencia con la mención que se hace a las mismas en los delitos societarios, así en el caso del artículo 290 del Código Penal, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La administración desleal del artículo 295 del Código Penal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, p. 39, se refiere a las mismas señalando que cabría denominarlas “*sociedades de hecho*”, por cuanto “*en el ámbito*

sentido, el artículo 297 hace expresa alusión a una serie de entidades, que enuncia con cierta incoherencia, pero a los únicos efectos ejemplificativos¹¹³; y, en relación con la expresión “*de forma permanente en el mercado*”, considero que no hace alusión a entidades creadas con carácter indefinido, sino a aquellas que de forma habitual participan en el tráfico jurídico y la economía de mercado, para el cumplimiento de sus fines o de acuerdo con su objeto social. Sin duda, se trata de un concepto de sociedad que genera muchas controversias, al menos en relación con aquellos supuestos que no han sido expresamente nombrados en el artículo 297 del Código Penal, y que por ello requerirá de un análisis supuesto por supuesto. En esta línea argumental, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 3 de abril de 2014¹¹⁴, ha señalado que, “*En cuanto a la «...análoga naturaleza...», los escollos que deben surgir de una aplicación analógica in malam partem (citado art. 4,1 CP) se vienen justificando doctrinalmente... a partir de la exigencia que la sociedad goce de personalidad jurídica. Pero además se precisa «...que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado...», lo cual excluye de su ámbito aquellas sociedades que puedan participar en el mercado ocasionalmente o no conste acreditado que participan en él (STS de 16-3-2007 ó 18-10-2001), en definitiva, viene a precisarse para cumplir los presupuestos del tipo que la sociedad desarrolle una actividad mercantil, realizando actos de comercio habitualmente*”.

económico jurídico son equiparables a las ya constituidas, incluyendo claro está las llamadas «sociedades irregulares»”, añadiendo que “si una sociedad de hecho no pudiera equipararse a una sociedad en formación, sí lo sería a una «entidad», vocablo e idea que por imperativo de la ley se asimila a la sociedad, si tiene la vocación mercantil indicada”.

¹¹³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 41; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, 1998, p. 38.

¹¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 3 de abril de 2014 (JUR 2014\20649).

Dicho lo anterior, en relación con este difuso concepto penal de sociedad¹¹⁵, el artículo 290 del Código Penal, al igual que el resto de artículos definidores de los delitos societarios, parece hacer alusión al concepto tradicional de sociedad mayoritario en la doctrina mercantilista, el cual abordaré más adelante, referido a la sociedad, cualquiera que fuese su clase, constituida con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio; pero, sin embargo, lo cierto es que atendiendo al literal del citado artículo 290, da la impresión que el legislador penal estuviera pensando, fundamentalmente, en las sociedades anónimas y puede que también en las sociedades de responsabilidad limitada, dejando al margen, por tanto, al resto de sociedades mercantiles constituidas con arreglo al Código de Comercio, llegando hacer incluso expresa referencia a las sociedades constituidas y en formación, estado en el que pueden encontrarse aquéllas y del cual se derivan concretos efectos jurídicos; y aún más, de entre estos dos tipos de sociedades de capital señalados, parece que el legislador penal estuviera pensando, particularmente, en las sociedades anónimas a la hora de redactar los artículos 290 a 294¹¹⁶, ya que en los mismos se hace referencia a conceptos o instituciones tales como la Junta de accionistas, la suscripción preferente de acciones, el derecho de voto, información y participación de los socios, o a las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, propias de este tipo de sociedades mercantiles¹¹⁷.

¹¹⁵ Como señala PORTERO HENARES, M., “El concepto... cit., p. 73, nos hallamos en presencia de un precepto ambiguo, tal y como se comparte igualmente por la doctrina citada por el autor de referencia.

¹¹⁶ También así en relación con el artículo 295, antes de ser suprimido con la reforma del Código Penal de 2015.

¹¹⁷ Así DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 76, al afirmar que “*parece bastante evidente que el legislador penal de 1995, al elaborar los tipos de los arts. 290 y siguientes estaba, sobre todo, pensando en las sociedades anónimas que son, por el volumen de negocio que manejan, las más importantes, sin duda, en nuestro país*”.

Sin embargo, el artículo 297 del Código Penal, de acuerdo a lo señalado en líneas anteriores, recoge una definición de sociedad más amplia que parece que se correspondería, al menos “a priori”, con el concepto amplio de sociedad mercantil de esa rama del Ordenamiento, al que también haré referencia más adelante, al incluir, además de las sociedades mercantiles propiamente dichas y encuadrables en el concepto tradicional antes señalado, a las cooperativas, a las cajas de ahorro, a las mutuas, a las entidades financieras o de crédito, a las fundaciones e incluso, a cualesquiera otras entidades de análoga naturaleza que participen de manera permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines.

Siendo esto así, opino que el concepto de sociedad definido en los delitos societarios se correspondería con el tradicional dado por la mayoría de la doctrina mercantilista, mientras que el concepto definido en el artículo 297 del texto penal, parece que podría corresponderse con la definición amplia de sociedad mercantil que proporciona una parte minoritaria de esa misma doctrina. Comparación o identificación esta última, que sólo sería aceptable de acogerse como válida esta definición amplia de sociedad mercantil. Dicho de otra manera, de aceptarse como válido el concepto amplio de sociedad mercantil defendido por parte de la doctrina mercantilista, al que insisto haré referencia a continuación, podría hallarse una correspondencia entre tal definición y el concepto penal de sociedad enunciado en el artículo 297 de la norma penal.

Contraria a la existencia de identidad entre concepto mercantil y penal de sociedad, se muestra con carácter general la doctrina penalista¹¹⁸. Opino que ello se debe a que la misma está comparando el concepto de sociedad del artículo 297 del Código Penal con el concepto tradicional de sociedad del Derecho mercantil, siendo el resultado de dicha comparación, efectivamente, que el concepto penal

¹¹⁸ Por todos, SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, *Derecho... cit.*, p. 538.

de sociedad y el concepto mercantil no coinciden. Por el contrario, si se efectuara dicha comparación con la definición amplia de sociedad enunciada por esa parte de la doctrina mercantilista, sí podría afirmarse que el concepto de sociedad del artículo 297 encontraría más o menos acomodo en la citada definición. Por tanto, mi opinión acerca de la identidad o no del concepto de sociedad desde el punto de vista penal y desde el punto de vista mercantil, es que se trata de una cuestión abierta, que dependerá de si se acepta o no como válida la definición amplia de sociedad que, aunque todavía de forma tímida, va abriéndose paso entre la doctrina mercantilista¹¹⁹. Ello no me impide, a pesar de todo, mostrarme partidario de la opinión acerca de la cual el concepto penal de sociedad definido en el artículo 297, no coincide con el concepto tradicional, clásico y mayoritario, y, por tanto, consolidado, que proporciona el Derecho mercantil.

¹¹⁹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos...* cit., p. 48, alude a la tendencia del Derecho mercantil, al aplicar la normativa dirigida a concretos sectores de actividad a todas las entidades que de forma habitual participan en ellos, sin hacer distinciones por la forma jurídica que adopten.

CAPÍTULO SEGUNDO

REFERENCIAS A LA REGULACIÓN MERCANTIL SOBRE EL DERECHO DE SOCIEDADES

1. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO MERCANTIL Y TIPOS DE SOCIEDADES.

1.1. El concepto de sociedad en el Derecho mercantil.

El concepto de sociedad en el Derecho mercantil se recoge en el artículo 116 del Código de Comercio¹²⁰, que la define como “*el contrato de compañías, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro*”, reputándose mercantil la sociedad, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones del mencionado Código de Comercio.

¹²⁰ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (CCo):

“Artículo 116.

El contrato de compañías, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

Como pone de manifiesto SÁNCHEZ CALERO¹²¹, este concepto tradicional de sociedad presupone que se tratan de asociaciones con fines lucrativos, premisa a partir de la cual la mayoría de la doctrina mercantilista establece sus notas esenciales definidoras, a saber: contrato de carácter plurilateral, salvo en el caso de sociedades anónimas y limitadas unipersonales; obligación de los socios a la realización de determinadas aportaciones de bienes o servicios, a los efectos de la constitución de un fondo común; colaboración de los socios para el ejercicio de una actividad económica concreta común, reflejo del aspecto dinámico de las sociedades; e interés de los socios por obtener un determinado beneficio a través de la sociedad.

Sin embargo, como continúa el anterior autor, junto a este concepto tradicional de sociedad, con el que se muestra conforme la mayoría de la doctrina mercantilista, existe un concepto amplio, apoyado por una minoría de autores, que trata de hacerlo extensible a otros supuestos, siendo la característica más destacable de esta segunda concepción la ausencia del ánimo de lucro en el contrato de sociedad a los efectos de poder dar cabida en el mismo a entidades que carezcan de dicho ánimo de lucro, esto es, que también puedan calificarse como sociedades las “...organizaciones nacidas de contratos en los que su finalidad no sea lucrativa...”, debiendo buscarse la causa del contrato social “...en el propósito de crear una organización que ha de servir para que los socios puedan alcanzar otros fines comunes”¹²².

¹²¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I (Introducción, Empresa y Sociedades)*, Madrid, 1999, p. 216. En iguales términos, más actualmente, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Navarra, 2013, p. 313.

¹²² SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones... cit.*, pp. 216 y 217, expone que, a pesar del contrato de sociedad definido en el artículo 116 CCo, este concepto amplio de sociedad tiene cabida en el Ordenamiento mercantil. En este sentido, las sociedades cooperativas y mutualidades, en las que resulta irrelevante el ánimo de lucro, sin embargo ya fueron calificadas como sociedades por el derogado artículo 1 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, de Cooperativas; de igual modo, las sociedades anónimas y las limitadas fueron calificadas como sociedades mercantiles, cualquiera que fuera su objeto, respectivamente, por el artículo 3 del derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), y por

Por tanto, desde esta concepción amplia, sociedad sería la *“asociación de personas que quiere conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista en la Ley. De esta manera, la delimitación del concepto de sociedad se hace más insegura pero más flexible. Los socios han de tener una finalidad común en cuya promoción todos han de participar, pero ha de ser a través de la adopción de una determinada forma organizativa de la sociedad (civil, colectiva, comanditaria, etc.)”*¹²³.

Dicho lo anterior, y al margen de cuál sea el concepto de sociedad por el que se opte, ya el tradicional y mayoritario en la doctrina, ya el amplio y todavía minoritario, lo cierto es que la inmensa mayoría de las sociedades o entidades mercantiles que componen el tejido empresarial español, son las llamadas

igual artículo de la también derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), sin que la falta de capacidad de su objeto para producir beneficios fuera motivo de nulidad de dichas sociedades (de nuevo respectivamente, artículos 34 LSA y 16 LSRL); y asimismo, la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, declara en sus artículos 1 y 2, que dichas agrupaciones no presentan ánimo de lucro por sí mismas, a pesar de que la citada Ley presuponga su naturaleza societaria.

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, p. 314, arguyen igualmente que el concepto amplio de sociedad tiene cabida en el Ordenamiento mercantil, ya de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), cuyo artículo 2 enuncia que el objeto de estas entidades puede consistir en cualquier actividad lícita, la cual puede ser o no lucrativa; y también de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, reguladora de las Cooperativas, en el que se señala que en las mutualidades y las cooperativas puede estar ausente el ánimo de lucro.

Sobre el concepto de sociedad vid. también, entre otros, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades*, Madrid, 2014, pp. 295 y 296; DE LA CUESTA RUTE, J.M^a., “Tema 9. Teoría general de sociedades mercantiles”, en De la Cuesta Rute (dir.), *Valpuesta Gastaminza, Torribia Chalmeta y Llorente Gómez de Segura (coords.), Derecho Mercantil I*, Barcelona, 2014, pp. 233 y ss.; o SANCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho mercantil, Tomo I* (edición revisada por Sánchez-Calero Guilarte), Navarra, 2014, pp. 165 y ss.

¹²³ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones... cit.*, p. 217. En iguales términos SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, p. 301, al decir que el contrato de sociedad sería *“...una asociación de personas que, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la Ley, pretende conseguir un interés particular para sus socios”*.

sociedades de capital, esto es, la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad comanditaria por acciones y, entre ellas, fundamentalmente las dos primeras. Y sin embargo, como se expondrá a continuación, la realidad es que existen un buen número de tipos o clases de sociedades mercantiles o, si se quiere, dicho desde esta concepción amplia, de entidades asociativas mercantiles.

1.2. Tipos de sociedades y otras entidades mercantiles¹²⁴.

Comenzaré este rápido repaso a los distintos tipos de sociedades y entidades mercantiles refiriéndome en primer lugar a las sociedades de tipo capitalista y, de entre ellas, a la *sociedad anónima*¹²⁵, cuya notas más importantes son, como es sabido, de una parte, la división de su capital social en acciones – capital social que como mínimo habrá de consistir en sesenta mil euros y acciones que consistirán en participaciones de un valor nominal reducido, representadas en valores negociables-, y de otra, la ausencia de responsabilidad personal de los socios en relación a las deudas sociales, a las que se hará frente exclusivamente con el patrimonio de la sociedad. Su constitución ha de

¹²⁴ Para la exposición de las características esenciales de los distintos tipos de sociedades y entidades mercantiles, he tomado de referencia –y empleado partes de su texto- a SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...* cit., pp. 353 a 868.

Sobre los distintos tipos de sociedades vid. también, entre otros, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...* cit., pp. 313 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil. Parte primera*, Valencia, 2013, pp. 385 y ss.; MILLÁN GARRIDO, A., “IV. Las sociedades mercantiles”, en Jiménez Sánchez (coord.), *Nociones de Derecho mercantil*, Madrid, 2014, pp. 35 y ss.; VV.AA., en De la Cuesta Rute (dir.), *Valpuesta Gastaminza, Torribia Chalmeta y Llorente Gómez de Segura (coords.), Derecho Mercantil I*, Barcelona, 2014, pp. 255 y ss.; VV.AA., en Jiménez Sánchez y Díaz Moreno (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2014, pp. 197 y ss.; o VV.AA., en Uría González y Menéndez Menéndez (dirs.) y Aparicio González (coord.), *Curso de Derecho Mercantil I. Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades*, Navarra, 2006, pp. 613 y ss.

¹²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...* cit., pp. 379 y ss.

producirse mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, no obstante lo cual, la Ley de Sociedades de Capital¹²⁶, reguladora de su régimen jurídico, otorga de la misma forma especial relevancia tanto a las sociedades que se encuentran en proceso de constitución y que todavía no ha sido objeto de inscripción registral –las llamadas sociedades en formación-, como a aquellas otras que devienen irregulares en su proceso de constitución –las sociedades irregulares-, aspecto común en todas las sociedades de capital.

En lo que se refiere a la forma en la que se lleva a cabo su administración, y sin perjuicio de ahondar sobre ello más adelante, el administrador de la sociedad anónima podrá ser una persona física o jurídica, que no requerirá ostentar la condición de socio y que, en el caso de ser persona jurídica, precisará haber designado a una persona natural para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Podrá existir un administrador único o varios administradores que actúen de forma solidaria o conjunta, e igualmente, podrá existir un consejo de administración, debiendo recordarse que en el caso de las sociedades anónimas, cuando se otorgue la administración de forma conjunta a dos administradores, éstos habrán de actuar de forma mancomunada y, por su parte, cuando se confíe dicha administración en más de dos administradores, deberán constituir necesariamente un Consejo de Administración.

El nombramiento de los administradores, que compete a la Junta de socios, surtirá efectos desde el momento de su aceptación, debiendo ser inscrito en el Registro Mercantil. Junto con estos administradores, se prevé la posibilidad de la existencia de administradores suplentes, y su nombramiento como administradores y aceptación requerirá igualmente ser inscrito en el Registro Mercantil.

¹²⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

La Junta General es el órgano colegiado en el que participan todos los socios, si bien sus acuerdos sólo causan efectos a nivel interno, ya que, por una parte, la Junta General carece de facultades de representación de la sociedad y, por otra, porque no puede dar instrucciones al órgano encargado de la administración de la entidad. Es por ello que sus competencias quedan limitadas fundamentalmente a la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; el nombramiento o separación de administradores, liquidadores y, en su caso, auditores de cuentas, y al ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los mismos; la modificación de los estatutos sociales; el aumento o reducción del capital social; la supresión o limitación de los derechos de suscripción y asunción preferente; la transformación, fusión o cesión global del activo y pasivo; el traslado del domicilio al extranjero; la disolución de la entidad; la aprobación del balance final de liquidación; y cualquier otro asunto que determine la Ley o los estatutos.

Como especialidad de la sociedad anónima se encuentra la llamada *sociedad europea*¹²⁷, la cual se rige en primer término por el Derecho comunitario europeo¹²⁸, si bien su régimen jurídico es completado por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, por la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, y por la propia Ley de Sociedades de Capital¹²⁹. En relación con este tipo especial de sociedad anónima, se exigirá que tenga su administración central en España cuando se

¹²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 711 y ss.

¹²⁸ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y normativa derivada de la transposición de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

¹²⁹ Vid. los artículos 455 a 494 LSC.

encuentre domiciliada en nuestro país, debiendo en tal caso constituirse mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, de acuerdo a como se establece en la Ley de Sociedades de Capital, norma igualmente de aplicación en lo que se refiere al régimen legal de su capital, así como al de las acciones en el que éste se divida.

Finalmente, en cuanto a los órganos de la sociedad, además de la Junta General de socios, en lo que concierne a la administración, la misma podrá organizarse, bien mediante un sistema dual, conformado por un órgano de control y otro de dirección, bien mediante un sistema monista, basado en un único órgano de administración.

Junto con la sociedad europea, la *sociedad cotizada*¹³⁰ es otra forma particular de sociedad anónima, caracterizada por el hecho concreto de que sus acciones se encuentran sometidas a cotización en un mercado oficial de valores, estando su adquisición y negociación abierta al público en general en bolsas de valores u otros mercados de valores organizados.

La *sociedad de responsabilidad limitada*¹³¹ es el otro gran tipo de sociedad capitalista, cuyo capital social se encuentra dividido en participaciones sociales, integrado por las aportaciones de los socios, que no responderán personalmente de las deudas sociales. Presenta carácter cerrado, en tanto que no pueden transmitirse libremente las participaciones, que otorgan la condición de socio. Para su constitución se requiere de la correspondiente escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, y su capital social mínimo es de tres mil euros.

¹³⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 603 y ss. Vid. los artículos 495 a 541 LSC.

¹³¹ *Ibidem.*, pp. 643 y ss.

En cuanto al administrador de la sociedad, como en el caso de la sociedad anónima, podrá ser una persona física o jurídica, que no requerirá la condición de socio y que, si se tratase de persona jurídica, precisaría designar a una persona natural para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Podrá existir un administrador único, varios administradores que actuarán de forma conjunta o solidaria, o un Consejo de Administración, y será competencia de los socios reunidos en Junta el nombramiento de los mismos, lo que, como en el caso de la sociedad anónima, surtirá efectos desde el momento de su aceptación, requiriéndose su inscripción en el Registro Mercantil. También se prevé la existencia de administradores suplentes, cuyo nombramiento y aceptación como administradores deberá constar igualmente en el Registro Mercantil.

Y por lo que respecta a la Junta General, además de las mismas funciones que las indicadas en relación con la Junta General de las sociedades anónimas, salvo disposición contraria de los estatutos, podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en relación con el poder de representación de la entidad. Asimismo, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores.

Como en el caso de la sociedad anónima, existe algún supuesto especial de sociedad de responsabilidad limitada; tal es el caso en primer lugar de la *sociedad limitada nueva empresa*¹³². Se trata de una forma especial de sociedad limitada, ideada para favorecer y facilitar la creación de nuevas sociedades mercantiles, de tamaño pequeño y mediano, que se caracteriza, entre otros

¹³² Ibídem., pp. 719 y ss. Vid. los artículos 434 a 454 LSC.

aspectos, por la posibilidad de que su objeto social sea genérico o específico, por la necesidad de que sus socios sean personas físicas y no más de cinco al tiempo de su constitución, por la necesidad de que la escritura pública de constitución sea calificada e inscrita en el Registro Mercantil dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación, cuando se empleen los estatutos orientativos oficiales, por la posibilidad de constituirse a través de medios telemáticos, por la limitación existente sobre su capital social, que no podrá superar ciento veinte mil doscientos dos euros, y por el hecho de que la administración estará confiada a uno o varios socios, no pudiendo consistir en un consejo de administración.

La llamada *sociedad unipersonal*¹³³, puede adoptar tanto la forma de sociedad anónima como de responsabilidad limitada. La Ley de Sociedades de Capital establece en su Capítulo III del Título I, un conjunto de normas comunes para ambos tipos de sociedades unipersonales que, por lo demás, no presentan el mismo régimen jurídico. Teniendo en cuenta lo allí regulado, se entiende por sociedad unipersonal anónima o limitada, tanto la constituida por único socio, persona física o jurídica, como las sobrevenidas, es decir, aquellas constituidas por varios socios cuyas acciones o participaciones hayan pasado a un único socio en un determinado momento.

La sociedad unipersonal habrá de constituirse en escritura pública, que será inscrita en el Registro Mercantil, debiendo hacerse constar la identidad del único socio fundador o la del socio que haya adquirido la totalidad de las participaciones o acciones. En este sentido, la falta de inscripción de éste último transcurridos seis meses desde que tuvo lugar la mencionada adquisición de las participaciones o acciones, conllevará la responsabilidad del único socio en forma personal, ilimitada y solidaria en relación a las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad, mientras que por el contrario, la

¹³³ Ibídem., pp. 703 y ss. Vid. los artículos 12 a 17 LSC.

inscripción del único socio hará posible que no haya de responder de las deudas contraídas con posterioridad. Por su parte, además de la publicidad que ofrece el Registro Mercantil, se exige a las sociedades unipersonales que tal situación de unipersonalidad conste expresamente en toda su documentación, así como en los anuncios que haya de publicar la entidad por disposición legal o estatutaria.

En lo que se refiere a los órganos sociales, la sociedad unipersonal tendrá los mismos que los previstos para la sociedad anónima y limitada, según los casos, pudiendo el único socio confiar las labores de administración a terceras personas, lo que será necesario cuando los estatutos hayan previsto un órgano de administración compuesto por más de una persona. La Junta General estará formada por el único socio, que deberá hacer constar en acta las decisiones adoptadas, las cuales podrá ejecutar en representación de la sociedad o ejecutarse por los administradores de la misma.

Además de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada, el tercer tipo general de sociedad capitalista es la *sociedad comanditaria por acciones*¹³⁴, cuyo régimen es similar al de la sociedad anónima. En este sentido, se regirá por lo previsto expresamente en la Ley de Sociedades de Capital, mientras que para aquello no previsto específicamente, les será de aplicación las normas que regulan el régimen jurídico de las sociedades anónimas. Su capital se encuentra dividido en acciones, formado por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, al menos, ya persona física ya jurídica, se ocupará de la administración de la sociedad y responderá personalmente de las deudas sociales en su condición de socio colectivo, responsabilidad que no tendrán los socios comanditarios. Todos sus socios tendrán la condición de accionistas y participarán en la sociedad a través de su Junta General, de forma similar a los accionistas de las sociedades anónimas.

¹³⁴ *Ibidem.*, pp. 722 y ss.

Por lo que respecta a los socios colectivos, éstos deberán figurar necesariamente en los estatutos de la sociedad, de tal forma que su separación del cargo requerirá de la modificación de los estatutos sociales, mediante el acuerdo de la Junta General, en la que deberán abstenerse los socios colectivos afectados. Estos socios colectivos ostentarán las facultades, derechos y deberes que los administradores en el caso de la sociedad anónima.

Conviven junto con las sociedades de tipo capitalista las sociedades de carácter personalista. Entre ellas, se encuentra en primer término la *sociedad colectiva*¹³⁵, que se define como la entidad personalista que desarrolla una actividad mercantil bajo una razón social, y de cuyas deudas responden, de manera subsidiaria a la misma, todos los socios, de forma personal, ilimitada y solidaria entre sí, socios que, a pesar de este carácter personalista, pueden serlo las personas jurídicas. Se caracteriza por ser una sociedad en la que todos los socios participan en la gestión social, circunstancia que hace que se conciba como una comunidad de trabajo, manifestándose externamente tanto por su razón social como por la necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, siendo preciso, en consecuencia, su constitución a través de escritura pública.

En lo que se refiere a las relaciones jurídicas internas en la sociedad colectiva, de una parte, los socios se obligan a poner en común bienes y/o industria en la forma establecida en la escritura de constitución, como medios necesarios para lograr el fin social; y de otra, en lo que se refiere a la administración de la sociedad, todos los socios pueden participar en la gestión social, no obstante lo cual, en la escritura de constitución puede pactarse el régimen de administración que se considere más conveniente para la entidad, debiendo figurar en la citada escritura los socios a quienes se encomiende la

¹³⁵ Ibídem., pp. 353 y ss. Vid. los artículos 116 a 144 CCo.

administración y representación de la sociedad, que puede recaer igualmente en personas que no ostenten la condición de socios.

La *sociedad comanditaria simple*¹³⁶ es el segundo tipo de sociedad personalista. Se trata de una sociedad de personas que lleva a cabo una actividad mercantil y en la que coexisten varios socios colectivos, cuyos nombres sirven para formar la razón social de la entidad, que habrán de responder ilimitadamente de las deudas de la sociedad, junto con varios socios comanditarios, cuya responsabilidad es ilimitada. En este sentido, si bien en la escritura de constitución han de constar las mismas circunstancias que en la de la sociedad colectiva, es preciso tener en cuenta la especificidad que supone la coexistencia de socios colectivos y socios comanditarios.

En el ámbito de las relaciones internas, los socios colectivos tendrán los mismos derechos y obligaciones que los previstos en relación a las sociedades colectivas, no obstante lo cual existe entre todos los socios, esto es, entre los colectivos y los comanditarios, unos mismos intereses y, en el caso de los socios comanditarios, un específico deber de fidelidad respecto de la sociedad, pudiendo por lo demás establecerse en cuanto al régimen de relaciones internas las reglas o pactos de funcionamiento que se consideren pertinentes, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad.

En referencia a los socios comanditarios, la escritura de constitución ha de hacer constar las aportaciones que han de realizar dichos socios, aportación que cumple la doble función de señalar la aportación que ha de hacer cada socio y el límite de responsabilidad que cada uno de ellos tiene, el cual no puede ser alterado en perjuicio de terceros salvo por una modificación de la escritura de constitución, mientras que en el ámbito interno los socios sí podrán alterar con

¹³⁶ Ibídem., pp. 367 y ss. Vid. los artículos 116 a 124 y 145 a 150 CCo.

mayor flexibilidad los términos de la aportación. En caso de que las aportaciones no sean dinerarias, su valoración se hará de acuerdo a lo fijado en la escritura de constitución y, en su defecto, será llevada a cabo por peritos.

En lo que atañe a la gestión social, la misma está encomendada exclusivamente a los socios colectivos, prohibiéndose a los comanditarios que realicen cualquier acto de administración de los intereses de la sociedad, ni tan siquiera en calidad de apoderados de los socios colectivos gestores, en lo que se refiere al menos a actos de administración que puedan tener alguna trascendencia externa, no así a los que tengan un simple alcance interno –la escritura de constitución podría dar cabida a los socios comanditarios-, de tal forma que se evite que terceros ajenos a la sociedad crean que el socio comanditario se trata de un socio colectivo. En consecuencia con lo anterior, la representación de la sociedad sólo podrá ser encomendada a los socios colectivos.

Junto con las sociedades de tipo capitalista y personalista que preceden, existen asimismo otras sociedades mercantiles que resulta procedente reseñar. Comenzaré con la llamadas *sociedades de garantía recíproca*¹³⁷, reguladas por la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, que establece la posibilidad de que las pequeñas y medianas empresas, con la finalidad de facilitarse el acceso al crédito y servicios conexos, así como la mejora integral de sus condiciones financieras, puedan constituir sociedades de garantía recíproca con capital variable, en las que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales. En cuanto a su objeto social, además de la prestación de garantías personales, puede consistir en la prestación de servicios de asistencia y asesoramiento financiero. De este modo, el socio, con el fin de obtener un préstamo o apertura de crédito por parte de una entidad

¹³⁷ Ibídem., pp. 725 y ss.

bancaria o una caja de ahorros, suscribirá con la sociedad un contrato por el que ésta le avala mediante el otorgamiento de una garantía personal.

Esta sociedad requiere, antes de su constitución mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, presentar el proyecto de estatutos sociales y otros documentos para su autorización por parte del Ministerio de Economía y Competitividad, para finalmente inscribirse en el Registro Especial del Banco de España. Se caracterizan además porque sus participaciones sociales no se dividen en acciones, su capital es variable y es necesario que los socios reúnan la condición de empresarios. Sus órganos de gobierno son la Junta General y el Consejo de Administración.

De otra parte existe la llamada *sociedad laboral*¹³⁸, que puede adoptar la forma de sociedad anónima o de sociedad de responsabilidad limitada. Se trata de aquella sociedad en la que la mayoría de su capital pertenece en propiedad a los trabajadores, que prestan de forma personal y directamente servicios retribuidos para la misma y por tiempo indefinido. Requiere de una calificación administrativa de sociedad laboral y se rige por normas específicas¹³⁹ que modifican algunos aspectos el régimen jurídico propio de las sociedades anónimas y limitadas que le serían de aplicación, según los casos.

Otro tipo de sociedad a la que es preciso hacer referencia es a la *sociedad cooperativa*¹⁴⁰, constituida por personas que se asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, cuyo objeto es la realización de actividades empresariales a favor de sus socios –aunque también podrá llevar a cabo

¹³⁸ Ibídem., pp. 728 y ss.

¹³⁹ Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

¹⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 733 y ss. Se rigen por lo previsto en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

actividades con terceros-, y cuyo capital social y número de socios será variable en cada momento, que podrán realizar cualquier tipo de actividad económica lícita y cuya estructura y funcionamiento serán democráticos. Las llamadas cooperativas de primer grado –las no formadas por más de una cooperativa, a diferencia de las de segundo grado- pueden clasificarse en cooperativas de trabajo asociado, de consumidores y usuarios, de viviendas, agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, de servicios, del mar, de transportistas, de seguros, sanitarias, de enseñanza y de crédito. En el caso de éstas últimas, tienen naturaleza de entidades de crédito, debiendo ser inscritas en el Registro Mercantil, inscripción igualmente necesaria en el caso de las cooperativas de seguros.

La sociedad cooperativa debe constituirse mediante escritura pública, que ha de inscribirse en el Registro de Cooperativas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social o, en su caso, de las Comunidades Autónomas si resultan competentes en la materia. En el caso de las cooperativas de primer grado se requieren al menos tres socios para su constitución, mientras que en las de segundo grado al menos dos sociedades cooperativas. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales está limitada, con carácter general, a las aportaciones al capital social que hubieran suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad.

Los órganos sociales son la Asamblea General, que podrá estar precedida de las Asambleas de Delegados cuando así lo hayan previsto los estatutos, donde los socios deliberan y adoptan los acuerdos dentro de sus competencias; el Consejo Rector, órgano colegiado encargado de la administración y al que corresponde, al menos, las labores de alta gestión, supervisión de los directivos y representación de la cooperativa –cuando la cooperativa tenga un número inferior a diez socios, los estatutos pueden prever la existencia de un único administrador-; los interventores de cuentas, nombrados por la Asamblea

General, que habrán de redactar un informe sobre las cuentas anuales, que han de presentar los administradores a la aprobación de la Asamblea General, cuentas anuales que además deberán ser objeto de auditoría, así como el informe de gestión, en la forma y en los supuestos indicados por la Ley de Auditoría de Cuentas¹⁴¹.

La contabilidad de las cooperativas se regirá por lo previsto en el Código de Comercio y demás normativa contable, con las peculiaridades establecidas en la Ley de Cooperativas, pudiendo formular cuentas anuales en modelo abreviado cuando concurren las circunstancias contenidas en los artículos 257 y 258 de la Ley de Sociedades de Capital.

La *agrupación de interés económico*¹⁴² es una sociedad mercantil carente de ánimo de lucro, cuya finalidad es facilitar los resultados de la actividad de sus socios, de tal manera que su objeto exclusivo es el desarrollo de una actividad económica auxiliar y distinta a la de los socios. Se rige, en primer término, por lo previsto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, completado por los artículos 264 a 267 del Reglamento de Registro Mercantil¹⁴³ y, en segundo término, por las normas reguladoras de la sociedad colectiva, en aquello que resulte compatible con su naturaleza. Se trata de una sociedad personalista que precisa de inscripción en el Registro Mercantil, a través de una escritura de constitución, siendo sus socios responsables personal y solidariamente de las deudas, de forma subsidiaria a la propia agrupación de interés económico. Mientras que los acuerdos sociales serán adoptados por la

¹⁴¹ Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

¹⁴² SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 856 y ss.

¹⁴³ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM).

Asamblea de Socios, generalmente por unanimidad, la administración de la sociedad estará encomendada a una o varias personas designadas en la escritura de constitución o nombradas por el acuerdo de los socios.

La *agrupación europea de interés económico* se rige por el Reglamento (CEE) 2137/1985 del Consejo, de 25 de junio, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), y aquellas con domicilio en España, por la ya citada Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, en relación con los aspectos en los que el citado Reglamento remita a la legislación interna.

Otras entidades a destacar son las *instituciones de inversión colectiva*¹⁴⁴, que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos de público para su gestión e inversión en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, ya financieros o no, siempre que el rendimiento del sujeto inversor se fije en función de los resultados colectivos. Se rigen por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, y las mismas podrán revestir la forma de fondos de inversión o de sociedades de inversión, en ambos casos pudiendo tener carácter financiero o no financiero.

De este modo, en cuanto a las instituciones constituidas bajo la forma de fondo de inversión, se tratan en definitiva de patrimonios formados por las aportaciones de los partícipes, lo que normalmente tendrá lugar en dinero, que la sociedad gestora invierte por regla general en acciones, obligaciones u otros valores cotizados en bolsa u otros mercados, o en participaciones de otras instituciones. Cada partícipe tendrá derecho al valor de la parte que corresponda a las participaciones que haya suscrito, y el valor de cada participación en el

¹⁴⁴ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 860 y ss.

fondo estará determinado por la división que tengan los bienes del fondo y el número de participaciones que lo conforman.

En cuanto a las instituciones que al constituirse adoptan la forma de sociedades de inversión, están adoptando la forma de sociedad anónima, en el que su objeto social será justamente el desarrollo de la actividad de la propia institución. Su régimen jurídico es complejo, aplicándose a las mismas de forma subsidiaria, para aquello no previsto en la Ley 35/2003, la Ley de Sociedades de Capital. Se caracterizan, entre otros aspectos, por la necesidad de que su capital social esté suscrito y desembolsado al tiempo de su constitución; por el hecho de que los partícipes serán los titulares de las acciones, titulares que, a priori, habrán de ser más de cien; por ser el capital de carácter variable, ya que podrá aumentar y disminuir; por consistir el valor de las acciones en el resultado de dividir el capital social entre el número de acciones en poder de los partícipes; o por la posibilidad de que la administración de la sociedad se vea reducida si encarga total o parcialmente a una sociedad gestora la gestión de los valores que forman su patrimonio.

En este sentido, las *sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva*¹⁴⁵ son sociedades anónimas cuyo objeto social consiste precisamente en la administración, representación y gestión de las inversiones y gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y sociedades de inversión. Estas sociedades gestoras podrán ser autorizadas para realizar actividades de gestión de carteras de inversiones individuales y de las pertenecientes a fondos de pensiones, actividades de administración, representación, gestión y comercialización de fondos de capital riesgo de las entidades de capital-riesgo, y algunas otras actividades de carácter complementario.

¹⁴⁵ *Ibidem.*, pp. 866 y 867.

Las llamadas *instituciones de inversión colectiva inmobiliaria*¹⁴⁶, son instituciones de inversión colectiva no financiera, cuyo objeto principal es la inversión de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su posterior arrendamiento. Pueden adquirir la forma de fondos o de sociedades de inversión inmobiliaria.

Siguiendo con el repaso de los distintos tipos de sociedades y entidades mercantiles, me referiré a continuación a las *uniones temporales de empresas*¹⁴⁷, regidas por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional. Se consideran como tales a las uniones que surgen como consecuencia de los contratos de colaboración, de carácter temporal y asociativo, entre empresarios para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. Dicho contrato, que dará lugar a una organización carente de personalidad jurídica, sin embargo exige escritura pública, que no deberá inscribirse en el Registro Mercantil sino en uno específico del Ministerio de Economía y Competitividad; escritura que contendrá la organización del funcionamiento de la unidad temporal de empresas. Será preciso el nombramiento de un único gerente, que representará a la organización. En cuanto al régimen de responsabilidad, los miembros de la unión temporal de empresas responderán frente a los terceros con carácter solidario e ilimitado por los actos y operaciones llevadas a cabo en beneficio común.

Las *sociedades mutuas de seguros*¹⁴⁸ son una forma jurídica de ordenación para ser titular de una empresa de seguros, prevista en la Ley de ordenación y

¹⁴⁶ Ibídem., p. 868.

¹⁴⁷ Ibídem., pp. 847 y ss.

¹⁴⁸ Ibídem., pp. 744 y ss.

supervisión de los seguros privados¹⁴⁹, que requiere de inscripción en el Registro Mercantil, además de en el Registro administrativo de la Dirección General de Seguros, y cuyo objeto es el seguro de sus socios, que contribuyen a su financiación. Deben distinguirse en relación con las mismas las mutualidades de previsión y las mutuas de seguro en sentido estricto.

La escritura social recogerá, junto con los aspectos fundamentales de la sociedad, los estatutos que han de regir la vida social y en particular el régimen de los órganos de la mutualidad y la responsabilidad del socio, pues éstos no responderán de las deudas sociales salvo que lo establezcan los estatutos, en cuyo caso ésta se limitará a un importe igual al de la prima que anualmente paguen, debiendo señalarse en las pólizas de seguros.

La *sociedad profesional*¹⁵⁰, prevista en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, tiene por objeto el ejercicio común de una actividad profesional, concretada en el desempeño de una profesión que exija titulación universitaria e inscripción en un Colegio Profesional. Pueden constituirse bajo la forma de cualquier tipo de sociedad, no configurando por tanto un nuevo tipo social, y requieren en todo caso de escritura pública de constitución e inscripción en el Registro Mercantil. En cuanto al capital social, ha de estar en manos de socios profesionales, e igualmente, al menos la mitad más uno de los miembros del órgano de administración han de ser socios profesionales. Finalmente, las sociedades profesionales y sus socios responden de las deudas sociales según el régimen de la forma social adoptada, si bien frente a las deudas que se deriven de las actuaciones profesionales propiamente dichas, responderán de forma solidaria

¹⁴⁹ Texto aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 730 y ss.

la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan causado la deuda de responsabilidad profesional.

La *asociación de cuentas en participación*¹⁵¹ se encuentra regulada en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio, en un título independiente del de las compañías mercantiles, debiendo deducirse por tanto su alejamiento del contrato de sociedad. Consiste en la colaboración patrimonial que una persona ofrece a un empresario, con la finalidad común de participar en los resultados de la entidad derivados de sus negocios, sin tomar parte en su gestión. Se caracteriza además por tratarse de una asociación que permanece oculta frente a terceros y que carece de todo tipo de personificación, al punto de no constituirse ni tan siquiera un patrimonio común. En cuanto a las relaciones jurídicas internas entre partícipe y empresario gestor, habrá de estarse a lo pactado por las partes.

Debe hacerse especial mención a las *entidades bancarias y cajas de ahorro*. Mientras que las entidades bancarias son sociedades anónimas con ánimo de lucro, que pueden optar por repartir sus beneficios entre sus accionistas o destinarlos a la realización de nuevas inversiones, las cajas de ahorro son, por lo general, sociedades de responsabilidad limitada, de carácter fundacional, que cuentan con representantes de la Administración autonómica y municipal en sus Consejos de Administración, y cuyo objetivo fundamental es la promoción del ahorro familiar y el otorgamiento de créditos a las pequeñas y medianas empresas, dedicando asimismo buena parte de sus beneficios a fines sociales.

Además de todas estas sociedades, existen otras entidades mercantiles de especial relevancia. Tal es el caso por ejemplo de las *asociaciones*, cuyo régimen jurídico se encuentra previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Estas entidades se constituyen mediante

¹⁵¹ Ibídem., pp. 372 y ss.

acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para lograr determinadas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular. La organización interna y el funcionamiento de la asociación serán democráticos.

El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los estatutos, se formalizará a través del acta fundacional, reflejado en documento público o privado, a cuyo otorgamiento la asociación adquirirá personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción en el correspondiente Registro Nacional de Asociaciones, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a los efectos de su publicidad.

En cuanto a sus órganos, la Asamblea General es el órgano supremo de gobierno integrado por todos los asociados, y asimismo existirá un órgano de representación que gestionará y representará los intereses de la asociación. Sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de las mismas que no se hallen inscritas, responderán personal y solidariamente de las obligaciones contraídas frente a terceros. En tal caso, los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos, cuando hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación.

Las asociaciones deben disponer de una relación actualizada de sus asociados, llevar una contabilidad que refleje de manera fiel el estado de su patrimonio, su resultado y su situación financiera, así como las actividades realizadas, efectuar un inventario de sus bienes y recoger en un libro las actas las reuniones de sus órganos de gobierno y representación.

Las *federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones*, como otro tipo de entidades igualmente merecedoras de destacar, se rigen por la misma Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

Finalmente, debe hacerse también referencia a las *fundaciones*, cuyo régimen jurídico se encuentra previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Estas entidades carecen de ánimo de lucro, y se caracterizan por estar su patrimonio orientado a la realización de fines de interés general. A los efectos de su constitución, se exige el otorgamiento de escritura pública, que incluirá sus estatutos, e inscripción en el Registro de Fundaciones, momento a partir del cual tendrán personalidad jurídica.

Podrán constituir fundaciones tanto las personas físicas como las jurídicas, ya públicas o privadas. En cuanto a los órganos de la fundación, el Patronato será el órgano de gobierno y representación de la misma, y al que corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la entidad, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios causados por actos contrarios a la Ley y a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, quedando exentos de responsabilidad los que votaron en contra del acuerdo, quienes acrediten su no intervención en la adopción y ejecución del mismo, o quienes hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente.

2. EL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR EN EL DERECHO MERCANTIL.

2.1. La figura del administrador en el Derecho mercantil.

Los administradores de las sociedades mercantiles pueden definirse como las personas físicas o jurídicas que, ostentando o no la condición de socios, se ocupan, en forma individual o en forma colegiada, de la gestión de los intereses patrimoniales de las sociedades mercantiles, al tiempo que de su representación en sus relaciones internas y externas. Como dice RÍOS CORBACHO¹⁵², *“desde el punto de vista mercantil, podemos señalar una definición escueta de esta figura de tal manera que se consideran administradores de la sociedad quienes llevan a cabo la gestión y representación de la misma”*.

En este sentido¹⁵³, si se atiende, primeramente, a lo preceptuado en la Ley de Sociedades de Capital, el administrador podrá ser una persona física o jurídica, que no requiere la condición de socio (art. 212 LSC) y que, en el caso de ser persona jurídica, precisa haber designado a una persona natural para el ejercicio de las funciones propias del cargo (art. 212.bis LSC).

¹⁵² RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos societarios: una aproximación al sujeto activo”, en *Revista jurídica Región de Murcia*, núm. 26, 1999, Murcia, pp. 23 y 24.

¹⁵³ Dado que sería muy prolijo hacer referencia a la figura del administrador en cada uno de los tipos específicos de sociedades y, en su caso, de otras entidades mercantiles, así como a sus respectivos regímenes jurídicos, para ceñir la cuestión sobre la figura del administrador en el Derecho mercantil, haré referencia, por una parte, a la regulación prevista con carácter general en relación con las sociedades de capital (esencialmente, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones), como he indicado, principales sociedades mercantiles y, en consecuencia, principales escenarios en los que se producen los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, así como en el resto de delitos societarios; y por otra, a la regulación prevista, en relación con las sociedades de personas (“a priori”, la sociedad colectiva y la sociedad en comandita simple). En este sentido, conviene recordar el contenido del artículo 122 del Código de Comercio, el cual establece que *“Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: 1. La regular colectiva. 2. La comanditaria, simple o por acciones. 3. La anónima. 4. La de responsabilidad limitada”*.

Podrá existir un administrador único o varios administradores que actúen de forma solidaria o conjunta, e igualmente, podrá existir un Consejo de Administración. En el caso de las sociedades anónimas, cuando se otorgue la administración de forma conjunta a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada, y cuando se confíe en más de dos, constituirán necesariamente un Consejo de Administración (art. 210 LSC).

El nombramiento de los administradores compete a la Junta de socios, y el mismo surtirá efectos desde el momento de su aceptación (art. 214 LSC), debiendo ser inscrito en el Registro Mercantil (art. 215 LSC). Junto con estos administradores, se prevé la posibilidad de la existencia de administradores suplentes, y su nombramiento como administradores y aceptación será igualmente inscrita en el Registro Mercantil (art. 216 LSC).

Los administradores han de desempeñar su cargo de forma diligente y en defensa del interés social, cumpliendo con sus obligaciones legales y estatutarias (arts. 225 a 229 LSC), estando sujetos al régimen de responsabilidad previsto en el Capítulo V del Título VI de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 236 a 241 LSC). La citada Ley reconoce en el artículo 236, la posibilidad de la existencia, junto con los administradores debidamente nombrados e inscritos, de los administradores de hecho, que, antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada en el año 2014¹⁵⁴, eran aquellos carentes de nombramiento e inscripción registral, o al menos de ésta última; tras la citada reforma, administradores de hecho serán tanto los que en la realidad del tráfico desempeñan sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las

¹⁵⁴ A través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

funciones propias de administrador, como aquellos bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

Si se atiende ahora a lo previsto en relación con las sociedades de personas en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil, en lo que se refiere a la administración de las sociedades colectivas y a la figura del administrador, como he señalado anteriormente al exponer sus características fundamentales, todos los socios pueden participar en la gestión social, si bien pudiendo hacer constar en la escritura de constitución el régimen de administración que se entienda más conveniente, señalando en la mencionada escritura qué socios ostentarán las facultades de administración y representación (art. 209.9 RRM), cargo que será irrevocable, con independencia de que el resto de socios puedan nombrar un coadministrador si los administradores no desempeñan su labor de forma adecuada (art. 132 CCo). En caso de no haberse nombrado entre los socios administradores, dicha labor de gestión corresponde a todos los socios (art. 129 CCo), salvo que, fuera de escritura, acuerden que tal tarea sea asumida por uno o varios de ellos (art. 131 CCo).

También puede ostentar el cargo de administrador personas no socios, lo que sólo será posible, bien porque figure en la escritura de constitución, bien porque responda a la delegación que el socio encargado de administrar realiza, con el consentimiento del resto de socios (art. 143 CCo).

Salvo que se haya designado a algún socio para la labor de administración, todos los socios ostentan la facultad de concurrir en la dirección y manejo de los negocios de la sociedad, de tal forma que cada decisión a tomar sobre los negocios de la entidad será adoptada por el acuerdo de los socios que estén presentes en cada momento (art. 129 CCo), sin que puedan contraerse obligaciones cuando uno de los socios manifieste su oposición. Por el contrario, si se designó a algún socio en la escritura de constitución para la asunción de las

labores de administración, para la adopción de las decisiones sobre los negocios se estará a lo previsto o estipulado en la propia escritura de constitución, no pudiendo los socios no nombrados entorpecer esa labor (art. 131 CCo), lo que sin embargo es compatible con el hecho de que los socios puedan establecer algunos criterios generales que afecten a la marcha de la sociedad. Cuando existen varios administradores nombrados, la escritura de constitución puede establecer si los mismos deben actuar de forma conjunta o separada, rigiendo en ausencia de previsión el principio de administración conjunta (arts. 129 y 130 CCo).

El cargo de administrador ha de desempeñarse con la diligencia de un ordenado empresario, siendo responsable de los daños causados por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, debiendo indemnizar a la sociedad cuando sufra daños por tales actos (art. 144 CCo). Los demás socios habrán de ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores en defensa de los intereses sociales. Y asimismo, los socios, participen o no en las labores de administración, tienen derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad, pudiendo hacer las reclamaciones que consideren convenientes para el bien común (art. 133 CCo).

Finalmente, de acuerdo con lo previsto por la normativa mercantil en relación con la administración de las sociedades en comandita simple, como igualmente se ha indicado anteriormente al exponer sus características fundamentales, la gestión social está encomendada exclusivamente a los socios colectivos, siendo por tanto de aplicación las reglas señaladas relativas a la gestión de las sociedades colectivas, prohibiéndose a los comanditarios la realización de actos de administración de los intereses sociales ni como apoderados de los socios colectivos gestores (art. 148, párr. 4º, CCo), siendo esto así de forma absoluta en lo que se refiere a actos de administración o gestión que puedan tener alguna trascendencia externa, de tal forma que se evite que terceros ajenos a la sociedad confundan al socio comanditario con un socio colectivo,

únicos que podrán ostentar la representación de la sociedad. A los socios comanditarios sólo les es permitido realizar actos de gestión o administración que únicamente tengan alcance interno; en este sentido, la escritura del contrato social podrá dar entrada a los socios comanditarios, posibilidad que se deduce de la previsión del artículo 210.3ª del Reglamento del Registro Mercantil, al señalar que en la inscripción de la entidad se hará constar su régimen de adopción de los acuerdos sociales, en los que lógicamente habrán de participar los socios comanditarios.

2.2. Distinción del administrador de derecho y de hecho en el Derecho mercantil.

Hecha la anterior aproximación a la figura del administrador tanto en las sociedades de capital como en las de personas, resulta conveniente en este punto abordar por algunos momentos, con independencia de retomarlo de nuevo más adelante con mayor profundidad y, en todo caso, desde la perspectiva expuesta del Derecho penal “ex” artículo 297 del Código Penal, las figuras del administrador de derecho y de hecho, desde un punto de vista puramente mercantil.

De esta forma, lo cierto es que la doctrina se muestra prácticamente unánime al afirmar, usando las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵⁵, “*que la noción de administrador tiene un significado preciso y depurado en el ordenamiento mercantil*”. Dicho autor define a los administradores de derecho como “*las personas pertenecientes al órgano de administración de la sociedad e inscritas como tales en el Registro Mercantil*”, mientras que los administradores de hecho serían “*los administradores que ofrezcan alguna irregularidad en su*

¹⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 45 y ss.

situación jurídica, como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado". En igual sentido, RÍOS CORBACHO¹⁵⁶ al decir que *"aquellas personas pertenecientes al órgano de administración, son los que se denominan <<administradores de derecho>>, pero se subraya una característica más pues han de estar inscritos en el Registro Mercantil"* y, por su parte, cómo *"debemos considerar enmarcados dentro de esta figura [los administradores de hecho] a aquellos cuyo nombramiento está afecto a nulidad... El <<administrador de hecho>> podíamos conceptuarlo de manera negativa señalando que son aquellos que realizan actos propios del administrador sin tener formalizado el nombramiento, conforme a lo señalado en las disposiciones legales"*. O igualmente MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO, en referencia al administrador de derecho, definiéndolo como *"la persona física dotada de las facultades que la ley atribuye a la figura del administrador –según la clase de sociedad-, nombrado por el órgano social competente, en virtud de acuerdo social formal y sustantivamente válido y debidamente documentado, que haya aceptado el nombramiento y se halle vigente, habiéndose practicado la inscripción del mismo en el Registro Público competente"*. Y en referencia al administrador de hecho, como *"quien aparenta serlo de derecho, siendo tal apariencia formal"*¹⁵⁷.

A pesar de esta aparente unanimidad de la doctrina mercantilista, algunos autores difieren en parte, ya que consideran que el administrador lo es de derecho

¹⁵⁶ RÍOS CORBACHO, J.M., "Los delitos... cit., p. 24.

¹⁵⁷ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 252 y 254. BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 636, resumen la opinión de los anteriores autores en relación con el administrador de hecho, en los siguientes términos: *"Desde un punto de vista estrictamente mercantil administrador de hecho es <<quien aparenta serlo de derecho>> por lo que debe abarcar exclusivamente aquel administrador de derecho cuyo nombramiento hubiere caducado por transcurso del plazo legal, el nombrado como de derecho en el que concurran causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación que no hayan sido detectadas por quienes le nombraron y aquellos cuyos nombramientos o ceses no han sido aún inscritos en el Registro Mercantil, ostentando en todos los casos formal apariencia de tener atribuidas facultades suficientes"*.

cuando se ha producido su aceptación del cargo, antes por tanto de la inscripción en el Registro Mercantil, toda vez que ya tiene efectos frente a la sociedad y sus socios, aunque todavía no frente a terceros; por consiguiente, más que hablar de unanimidad en la doctrina, yo diría que existe un gran consenso en torno al concepto de administrador de derecho. Así por ejemplo, MORENO CHAMARRO, difiere de lo dicho en relación con el concepto mercantil de administrador de derecho –no así en el concepto de administrador de hecho–, al considerar que *“la doctrina mercantil entiende generalmente que se tiene la consideración de administrador de derecho aquel que habiendo sido designado en la forma prevista estatutariamente por el órgano competente de la sociedad, ha aceptado dicho nombramiento, por cuanto que es a partir del momento de la aceptación cuando el nombramiento surte efectos frente a los socios y frente a la sociedad, mientras que tienen la consideración de administradores de hecho aquellos cuyo nombramiento está afecto a nulidad”*. Este concepto de administrador de hecho, lo confirma más adelante, al decir que *“desde el punto de vista estrictamente mercantil, la doctrina afirma que por tal hay que entender aquel cuyo nombramiento es nulo o se encuentra irremediabilmente caducado”*¹⁵⁸.

En cualquier caso, lo cierto es que mientras que el Ordenamiento Jurídico mercantil ha venido definiendo y delimitando expresamente la figura del administrador de derecho, no así ha ocurrido, al menos con nitidez suficiente, en el caso del administrador de hecho, hasta la reforma de la Ley de Sociedades de Capital producida en 2014¹⁵⁹. En relación con el panorama existente con carácter

¹⁵⁸ MORENO CHAMARRO, I., *Delito... cit.*, pp. 23 y 24. Sin embargo, añade el autor que cuando se analiza el concepto de administrador de derecho desde el punto de vista penal, *“a los efectos de interpretación de los respectivos tipos”*, ha de hacerse estrictamente, *“comprendiéndose dentro de él a todos aquellos que tuvieran formalmente aceptado, inscrito y publicado su nombramiento... siendo necesario que sea inscrito en el Registro Mercantil y publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil para que surta efectos frente a tercero”*.

¹⁵⁹ Vid. cita núm. 154.

previo a esta reforma, ALONSO UREBA¹⁶⁰ había puesto de manifiesto cómo esa falta de un concepto legal de administrador de hecho en nuestro Ordenamiento jurídico, supuso su construcción doctrinal y jurisprudencial, pudiendo apreciarse en este sentido una evolución desde criterios netamente formalistas, vinculados a la idea de conservación de las empresas, hacia criterios funcionales o materiales, más cercanos a la idea de evitar intentos defraudatorios de la responsabilidad de los administradores, para la protección de este modo de socios y acreedores.

ALONSO UREBA profundizaba en la cuestión, afirmando que desde esta concepción funcional o material, administradores de hecho son *“quienes material o funcionalmente participan de forma efectiva en el desarrollo de las competencias o funciones de gestión de la sociedad, con independencia de la causa de su cese como administrador de derecho y al margen incluso de si alguna vez se tuvo esa condición, partiéndose además de que no toda injerencia en la gestión de una sociedad se traduciría en la automática atribución de la condición de administrador de hecho”*. Y en este sentido, se requiere el ejercicio continuado de una actividad, de forma estable y con autonomía e independencia; que dicha actividad, de efectiva administración, dirección o gestión de la entidad, sea llevada a cabo con conocimiento de los socios y de la propia sociedad; y finalmente, que el administrador de hecho actúe de forma directa o personal, desarrollando tal actividad, propia de los administradores de derecho, frente a terceros¹⁶¹.

Dicho lo anterior, dejando al margen esta concepción material, al menos sí puede concluirse en lo que se refiere al administrador de hecho, que para la mayoría de la doctrina, a pesar de la falta de una definición legal de esta figura

¹⁶⁰ ALONSO UREBA, A., “Administrador de hecho y grupo de sociedades”, en *Otrosí*, núm. 12, octubre-diciembre 2012, Madrid, 2012, p. 22.

¹⁶¹ *Ibidem.*, p. 22.

desde la rama mercantil del Derecho (insisto, antes de tener lugar la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital), como manifiesta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁶² sí existe por el contrario una noción jurídico-mercantil de esta figura, de construcción doctrinal, habiéndose considerado por la mayoría de las voces mercantilistas como *“aquél cuyo nombramiento presenta alguna irregularidad de índole formal, incluyendo en ocasiones también las hipótesis de mandato caducado”*¹⁶³.

Contrariamente, tras la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital en 2014, con entrada en vigor el 24 de diciembre, se ha incorporado una definición de administrador de hecho que, al menos a mi modo de ver, sirve para definir y delimitar con precisión qué debe entenderse por administrador de hecho, al señalar en su apartado tercero que *“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*. Profundizaré sobre el alcance de esta definición más adelante, al referirme a los administradores de derecho y de hecho desde el punto de vista del Ordenamiento penal.

¹⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 349; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, pp. 201 y 202. En el mismo sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 115, al decir que si el nombramiento de los administradores *“presenta alguna irregularidad de tipo formal (nombramiento defectuoso o caducado, no aceptación, no inscripción), serán administradores de hecho. Esta es la interpretación tradicional de la doctrina mercantil, que considera administradores de hecho sólo aquellos cuyo nombramiento es nulo, extendiéndolo en ocasiones a quienes tienen un mandato caducado”*.

¹⁶³ A pesar de ello, algunos autores entienden que el concepto de administrador de hecho no era pacífico en la doctrina mercantilista, no habiendo sido debidamente perfilado por esa rama del Ordenamiento. Así PERDICES HUETOS, A., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002, p. 145.

2.3. Eficacia de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del administrador.

Un aspecto importante que gira en torno a las figuras tanto del administrador de derecho como de hecho, se refiere a los efectos que se derivan de la existencia o no de inscripción registral del nombramiento del administrador, toda vez que, “a priori”, los actos llevados a cabo por el administrador cuyo nombramiento consta publicitado en el Registro Mercantil, sí obligarán a la sociedad frente a terceros, mientras que los actos realizados por los administradores no inscritos, no podrán desplegar sus efectos frente a terceras personas, insisto que “a priori”. Dicho de otra manera, los actos realizados por los administradores de derecho desplegarán todos sus efectos frente a terceros, mientras que los llevados a cabo por los administradores de hecho no. Excepción a lo anterior será el caso de los administradores inscritos en el Registro Mercantil, en relación a los cuales por el contrario no se ha hecho constar su cese, supuesto de administradores de hecho cuyos actos sí podrían obligar “a priori” a la sociedad frente a esos terceros.

En este sentido, debe recordarse que una de las finalidades esenciales del Registro Mercantil es precisamente que los terceros puedan tener conocimiento de determinados hechos y actos jurídicos, que desplegarán sus efectos gracias a la publicidad registral. Como ponen de manifiesto SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *“la función del Registro como instrumento de publicidad legal hacia los terceros tiene, en el caso del Registro Mercantil, una importancia superior a la de otros medios de notificación, en cuanto que los actos inscritos adquieren una seguridad en beneficio de terceros”*¹⁶⁴.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Navarra, 2010, p. 165. Los mismos, *Instituciones... cit.*, pp. 152 y 153, señalan igualmente que *“la función primordial del Registro Mercantil es ser un instrumento de la publicidad legal de determinadas situaciones jurídicas de los empresarios, tanto personas físicas como jurídicas, referidas tales situaciones no simplemente a su existencia, sino también a sus*

2.4. Responsabilidad de los administradores y acciones de responsabilidad previstas en el Derecho mercantil.

En lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital, el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé que *“los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”*, no exonerando en ningún caso de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo se haya adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 236.2 LSC).

La responsabilidad de los miembros del órgano de administración que haya adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, será solidaria, salvo que prueben que no habiendo participado en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndolo, hicieron lo conveniente para evitar el daño, o al menos se opusieron expresamente al mismo (art. 237 LSC).

La sociedad podrá ejecutar la acción social de responsabilidad contra los administradores, para lo que será preciso con carácter previo el acuerdo de la Junta General por mayoría ordinaria, el cual podrá ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no figure como punto del orden del día (art. 238.1 LSC),

vicisitudes posteriores, lo que comprende también el momento de su cese en la condición de empresarios”.

Sobre el papel del Registro Mercantil, vid., entre otros, CONDE TEJÓN, A., “Tema 2. Registro Mercantil”, en Mateo Hernández (Coord.), *Introducción al Derecho de sociedades*, Madrid, 2011, pp. 35 y ss.; DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M^a., *Derecho Mercantil*, Navarra, 2008, pp. 209 y ss.; GALLEGU SÁNCHEZ, E., *Derecho... cit.*, pp. 117 y ss.; o ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Lección 8. El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento”, en Menéndez Menéndez y Rojo Fernández-Río (dirs.), y Aparicio González (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Navarra, 2014.

acuerdo que determinará la destitución de los administradores afectados (art. 238.3 LSC).

Por su parte, el socio o los socios que tengan una participación tal en el capital social que les permita, en forma individual o conjunta, solicitar la convocatoria de una Junta General, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa de los intereses sociales, cuando los administradores no procedieran a realizar la convocatoria solicitada, cuando la sociedad no entablara dicha acción de responsabilidad en el plazo de un mes desde la fecha del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Asimismo, el socio o los socios minoritarios podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad, cuando la misma tenga su fundamento en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someterlo con carácter previo a la Junta General (art. 239.1 LSC).

También los acreedores sociales podrán ejercitar la acción de responsabilidad cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o los socios, cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC).

Y finalmente, al margen de todo lo anterior, existe una acción individual de responsabilidad, en virtud de la cual quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros, por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses (art. 241 LSC).

En referencia a las sociedades de personas, los socios también podrán ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores en defensa de los intereses sociales. Así, en el caso de las sociedades colectivas, los socios, participen o no en las labores de administración, tienen derecho a estudiar el estado de la administración y de la contabilidad, pudiendo hacer las

reclamaciones que consideren convenientes para el bien común (art. 133 CCo). Asimismo, la responsabilidad de los administradores deriva de algo más que la simple culpa, esto es, deriva de la malicia, el abuso de facultades o la negligencia grave, debiendo indemnizar a la sociedad cuando de tales actos se deriven daños para la misma (art. 144 CCo).

En el caso de las sociedades en comandita simple, será de aplicación lo previsto para las sociedades colectivas (art. 149 CCo).

3. EL CONCEPTO DE SOCIO EN EL DERECHO MERCANTIL.

Desde el punto de vista del Derecho de mercantil, puede definirse al socio como la persona física o jurídica que, tras realizar las correspondientes aportaciones, participa de pleno derecho en una sociedad mercantil, siendo consecuencia de lo anterior la adquisición por el socio de una serie de derechos a ejercitar en el contexto societario, así como la asunción de determinadas obligaciones para con la entidad.

En este sentido, mientras que en las sociedades de personas las aportaciones de los socios pueden consistir, como se ha indicado, en bienes o industria, en el caso de las sociedades de capital, las aportaciones de los socios únicamente podrán consistir en bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica y, por tanto, no será posible una aportación consistente en trabajo o servicios (art. 58 LSC). Dichas aportaciones constituyen, junto con el deber de responder, en su caso, de las deudas sociales, dependiendo del tipo de sociedad al que pertenezca y de lo estipulado en el contrato social, el núcleo fundamental de las obligaciones de los socios.

Y por su parte, en lo que se refiere a los derechos de los mismos, los artículos 173 y 174 del Código de Comercio establecen con carácter general el derecho de información y participación en los resultados de la entidad, mientras que el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital establece con igual carácter general para este tipo de sociedades que, como mínimo, serán los de participación en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio que resulte de la liquidación; los de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones; los de asistencia y voto en las Juntas Generales e impugnar acuerdos sociales; y el de información.

Dicho lo anterior, teniendo en cuenta la previsión del artículo 116 del Código de Comercio, socio sería la persona que “...*se obliga a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro...*”, definición que sería sin embargo insuficiente si se acoge o admite el concepto amplio de sociedad mercantil anteriormente enunciado, ya que no abarcaría a los socios de aquellas entidades mercantiles consideradas sociedades en las que no existe ánimo de lucro. Es evidente, y así lo opino, que la definición de socio que pueda enunciarse dependerá del concepto de sociedad que se acepte, ya el tradicional, en el que siempre ha de concurrir un ánimo de lucro, ya el amplio, que da cabida a las entidades cuyos fines son diversos a dicho ánimo de enriquecimiento.

En relación con ello, teniendo en cuenta lo dicho en relación con el artículo 297 del Código Penal y la definición de sociedad para esa parte del Ordenamiento jurídico, lo cierto es que a priori parece que el concepto de socio descrito en el artículo 116 del Código de Comercio, no encontraría acomodo en el contenido del citado precepto penal, que incluye dentro del concepto de sociedad a entidades sin ánimo de lucro que no tendrían cabida en el concepto tradicional del Derecho mercantil. En consecuencia, parece concluirse y poder

adelantarse que el concepto mercantil de socio, no tendría correspondencia con el concepto penal, que incluiría a mutualistas o patronos, entre otros sujetos.

4. LOS DOCUMENTOS JURÍDICO-ECONÓMICOS EN EL DERECHO MERCANTIL.

4.1. Breve referencia a los documentos sociales.

A falta de una definición concreta por parte del Ordenamiento jurídico mercantil sobre qué son los documentos sociales¹⁶⁵, procederé a su enumeración y análisis. Reduciendo al máximo la cuestión, los principales documentos

¹⁶⁵ La doctrina jurisprudencial se ha referido reiteradamente a ello, habiendo recogido un concepto de documento mercantil, entre otras, en las Sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de diciembre de 2012 (RJ 2013\486), de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2048), de 25 de junio de 2007 (RJ 2007\6973), de 22 de junio de 2006 (RJ 2006\4946), de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999\2095), de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8792), de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8857), de 19 de septiembre de 1983 (RJ 1983\ 4554) o de 20 de mayo de 1982 (RJ 1982\2691). De entre ellas, por ejemplo, la de 8 de noviembre de 1990, define como documentos mercantiles: “*en primer lugar, los que dotados de «nomen iuris», se encuentran regulados en el Código de Comercio o en Leyes especiales, tales como letras de cambio, cheques, pagarés, cartas órdenes de crédito, acciones y obligaciones emitidas por sociedades anónimas, participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada, libretas de ahorro, pólizas bancarias de crédito, tarjetas de crédito, cartas de porte, pólizas de fletamento, conocimientos de embarque, pólizas de seguro, seguidos de un extenso etcétera; en segundo término, todas las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, que con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos, o la asunción de obligación de naturaleza mercantil o comercial, aunque carezcan de denominación conocida en Derecho; y, finalmente, aquellos que se refieren y son requeridos por la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles, tales como albaranes de entrega, facturas o recibos*”. De las distintas definiciones que contiene, es de destacar la segunda, cuando hace referencia a las representaciones gráficas del pensamiento, normalmente plasmadas en papel y por medio de la escritura, y con fines de preconstitución probatoria. O, también por ejemplo, la de 18 de diciembre de 2012, que se refiere a cómo “*una consolidada jurisprudencia ha declarado que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales «no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio (LEG 1885, 21) o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquéllos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad*”.

sociales son: los estatutos sociales, la escritura de constitución o contrato social, las cuentas anuales, el informe de gestión, la propuesta de aplicación del resultado, las cuentas anuales y el informe de gestión abreviados, el informe del auditor de cuentas, las actas que reflejen el contenido de los acuerdos adoptados, los libros del empresario, los contratos de distinta naturaleza que pueda celebrar la sociedad con terceros y los documentos derivados de la disolución y liquidación de la sociedad.

Estos documentos tendrán carácter público cuando estén autorizados por notario, en caso de ser documentos intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados, cuando se traten de certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales, y cuando se traten de documentos expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe, todo ello de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶⁶, en el artículo 317. 2º a 5º, siendo su carácter privado en el resto de los casos (art. 324 LEC)¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

¹⁶⁷ Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Artículo 317. Clases de documentos públicos.

A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

1º. ...

2º. Los autorizados por notario con arreglo a derecho.

3º. Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.

4º. Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5º. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6º. ...”.

“Artículo 324. Clases de documentos privados.

Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317”.

En cuanto a su fuerza probatoria, mientras que los documentos públicos *“harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”* (art. 319.1 LEC), los documentos privados *“harán prueba plena en el proceso..., cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”* (art. 326.1 LEC)¹⁶⁸.

El artículo 26 del Código Penal, sí prevé un concepto penal de documento, al decir que *“se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”*.

¹⁶⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Artículo 319. Fuerza probatoria de los documentos públicos.

1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos recogidos en los artículos 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

2. ...”.

“Artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados.

1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

2. ...”.

4.2. Especial referencia a los documentos contables de las sociedades mercantiles¹⁶⁹.

Los documentos jurídico-económicos o contables esenciales de las sociedades son las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (arts. 25 y ss. CCo, y 253 y ss. LSC). Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de patrimonio neto del ejercicio, el estado de los flujos de efectivo y la memoria. Todos estos documentos forman una unidad y muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. La memoria completa, amplía y comenta el contenido de los anteriores documentos, y el informe de gestión recoge una exposición fiel de la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, describiendo igualmente los principales riesgos e incertidumbres a las que se enfrenta.

En referencia a las cuentas anuales, en el caso de las sociedades de capital¹⁷⁰, los administradores deberán formularlas dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social y, junto con las mismas, igualmente deberán ser objeto de formulación el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas anuales y el informe de gestión abreviados (art. 253.1 LSC), debiendo estar firmados por todos los administradores las cuentas anuales y el informe de gestión (art. 253.2 LSC).

¹⁶⁹ Vid., entre otros, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho... cit.*, pp. 71 y ss; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Lección 7. La contabilidad (II). Las cuentas anuales. Los principios contables y la auditoría de cuentas”, en Menéndez Menéndez y Rojo Fernández-Río (dirs.), y Aparicio González (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Navarra, 2014, pp. 141 y ss.; o SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 577 y ss., y 701.

¹⁷⁰ Sobre la concreta regulación de las cuentas anuales de las sociedades de capital, vid. ALCOVER GARAU, G., “Las cuentas anuales”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, año 2011-1, Navarra, 2011, pp. 171 a 173.

Estas cuentas anuales habrán de comprender el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria (art. 254.1 LSC). Deberán ser objeto de aprobación por la Junta General, pudiendo cualquier socio, desde la convocatoria de la reunión, obtener los documentos que serán sometidos a aprobación, así como, en su caso, el informe de gestión y el emitido por el auditor de cuentas (art. 272.1 y 2 LSC), éste último encargado de la revisión de las cuentas anuales (art. 263 LSC). Asimismo, en el caso particular de la sociedad de responsabilidad limitada, salvo que los estatutos digan lo contrario, los socios que representen al menos el cinco por ciento del capital, podrán examinar en el domicilio social los documentos que sirvan de soporte y antecedentes de las cuentas anuales (art. 272.3 LSC).

En el caso de las sociedades de personas, finalizado el ejercicio, la entidad deberá formular las cuentas anuales, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujo de efectivo y la memoria (art. 34.1 CCo), cuentas anuales que habrán de mostrar la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, su situación financiera y el resultado del ejercicio (art. 34.2 CCo), y que requerirán la firma de todos los socios (art. 37.2 CCo).

En relación con las cuentas anuales de las sociedades colectivas, se estará a lo dispuesto sobre las mismas con carácter general para las sociedades en el Código de Comercio, excepto en el caso de que todos los socios que la componen sean personas jurídicas, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el Título VII de la Ley de Sociedades de Capital, salvo en lo establecido sobre la aprobación de las cuentas anuales en el Capítulo V (art. 41.2 CCo).

Pero además de las cuentas anuales, la memoria y el informe de gestión, existen otros documentos sociales también de carácter técnico-jurídico, como son

el citado informe del auditor de cuentas, el inventario y balance inicial de los liquidadores, sus informes periódicos relativos al estado de la liquidación o su balance final de liquidación, etc. Como se verá más adelante, todos estos documentos contables estarían incluidos en la previsión del artículo 290 del Código Penal, al expresar, además de la acción consistente en falsedades de las cuentas anuales, la de *“otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”*¹⁷¹.

4.3. La contabilidad empresarial y los sujetos interesados en su veracidad.

Como se ha indicado en el capítulo que precede, la oportunidad de la regulación del artículo 290 del Código Penal se justifica, sin perjuicio de un posterior análisis del bien jurídico protegido, en la necesidad de garantizar la fiabilidad de la información sobre la situación de las sociedades en el tráfico jurídico; recordando lo dicho por autores como SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRÍGUEZ, el motivo de su tipificación reside tanto en la importancia que poseen los documentos contables en la vida propiamente societaria, especialmente en relación con las funciones de garantía que cumplen el capital y el patrimonio de la sociedad, como en el derecho de la propia entidad, socios y terceros a obtener información completa y veraz sobre la situación económica y jurídica de la entidad¹⁷².

¹⁷¹ En este sentido, por citar a algún autor, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., pp. 831-832), al decir que *“la referencia genérica a «otros documentos», permite acoger, sin embargo, cualquier otro que sirva a la misma finalidad (propuestas de distribución de beneficios, informes de gestión, informes del auditor de cuentas, proyectos o condiciones de fusiones, etc.)”*.

¹⁷² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 329.

Uno de los aspectos destacables en el delito objeto de estudio, es el papel fundamental que tiene la contabilidad empresarial, teniendo en cuenta, como igualmente se tendrá ocasión de exponer, que la falsedad descrita en el artículo 290 del Código Penal, viene referida a la que se produce sobre los documentos que han de reflejar la situación económica o jurídica de la entidad y, en este sentido, que la mayoría de dichos documentos son precisamente aquellos que reflejan el estado contable de la misma. Otro de los aspectos destacables del artículo 290 del Código Penal, es la tutela que pretende otorgarse, ya de forma directa, ya mediata, a los intereses de la propia empresa, los socios, los acreedores y el Estado.

Estas preocupaciones son igualmente compartidas desde la perspectiva del Ordenamiento mercantil. En este sentido, es fácil comprobar cómo desde este punto de vista del Derecho mercantil, igualmente se coloca en un primer orden de importancia el interés de la propia empresa, los socios, los acreedores e incluso el Estado, en el correcto funcionamiento de las sociedades y, en concreto, en la correcta llevanza de la contabilidad de las empresas. Así por ejemplo lo pone de manifiesto RUIZ DE VELASCO¹⁷³, al calificar la contabilidad como un elemento imprescindible de las empresas, en relación al cual concurre un triple interés: *“En primer lugar, para los acreedores, puesto que éstos están interesados en conocer el patrimonio y la marcha de la empresa. En segundo lugar, tiene indudable importancia para el Estado, el cual está interesado, no solamente en saber cómo marcha una empresa concreta, desde la perspectiva de la economía nacional, sino también, en tanto en cuanto posible acreedor de los empresarios. Y en tercer lugar, es de primordial utilidad para el propio empresario –o los socios- que, en todo momento, tiene que conocer cuál es la situación económica de su empresa en aras a poder aplicar las medidas más convenientes para su mejor funcionamiento”*; añadiendo el autor de referencia

¹⁷³ RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 2007, p. 127.

que “la contabilidad es útil, también, para todos los que se relacionan con una empresa, ya que es el medio a través del cual pueden conocer cómo es y de qué forma funciona la misma, y, en consecuencia, decidir cuál deba ser su relación con ella. Es, por último, un elemento indispensable para poder cumplir el principio de transparencia de la economía, exigido por la Constitución Española de 1978”.

Por tanto, desde esta óptica jurídico-mercantil, la contabilidad empresarial también es elemento de máximo interés para todos los que se relacionan con una empresa, dado que será posible gracias a la misma, conocer tanto su verdadero estado económico-financiero, como el volumen y devenir de su actividad y funcionamiento, de tal manera que dicha documentación contable o económica que refleja la salud de las empresas, ha de servir para proporcionar información esencial, útil para que cada individuo pueda decidir cuál ha de ser su relación con la entidad mercantil de que se trate.

A lo anterior se añade la opinión de la mayoría de la doctrina mercantilista, tendente a incluir entre los sujetos con legítimos intereses en el conocimiento certero del estado económico y jurídico de las sociedades, por una lado, a los propios trabajadores de las mismas, y por otro, a los terceros competidores. Así MORÁN BOVIO¹⁷⁴, al decir que son beneficiarios de la contabilidad empresarial, además de los propios empresarios, los socios y los trabajadores, los acreedores y los competidores, y el Estado.

En el caso de este último, el interés del Estado por conocer la situación jurídico-económica de las empresas, han de tenerse en cuenta dos aspectos puestos de relieve por la doctrina mercantilista: uno, el referido al adecuado funcionamiento de la economía de mercado, pudiendo afirmarse que la

¹⁷⁴ MORÁN BOVIO, D., *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990, pp. 81 y 82.

protección de la actividad empresarial a través del control de su contabilidad, se configura como un elemento indispensable para llevar a término el principio de transparencia de la economía que se deriva de la Constitución Española¹⁷⁵; y otro, referido a la fiscalidad, en el sentido de la necesidad por parte del Estado por conocer la situación contable de las empresas a efectos del control del cumplimiento de sus correspondientes obligaciones fiscales y a efectos de una adecuada planificación de la economía del Estado.

En relación con todo ello, recogiendo tales ideas o aspectos, pueden citarse, entre otros, las opiniones de SÁNCHEZ CALERO y de MORÁN BOVIO. Para el primero de los autores, *“el interés general porque la contabilidad sea exacta –que se apunta en las normas relativas a la quiebra- se ha incrementado posteriormente por varios hechos. En primer lugar, porque el propio Estado por razones fiscales desea conocer los resultados del negocio de los empresarios y refuerza, con normas fiscales, el cumplimiento de los preceptos del Código. En segundo término, en materia de sociedades aparece el interés de los acreedores sociales por una autenticidad en los balances (que determinan el valor del patrimonio social y los resultados del ejercicio), pues su única garantía es en muchos casos el patrimonio de la sociedad (porque en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada los socios no responden personalmente de las deudas sociales, ver art. 1º de las Leyes respectivas). También surge en este mismo campo de las sociedades el interés de los propios socios, ya que participan en el beneficio social, cuyo cálculo es el resultado del balance. Por esta razón en la regulación de las sociedades aparecen normas especiales sobre contabilidad. Además se perfila cada vez más acusadamente el interés de los trabajadores por conocer la contabilidad de la empresa, ya que en el momento de elaborar un convenio colectivo entre ellos y el empresario puede ser planteada en forma más precisa la discusión de sus términos, si los*

¹⁷⁵ RUIZ DE VELASCO, A., *Manual... cit.*, p. 127.

trabajadores conocen la verdadera situación patrimonial del empresario. Este interés de los trabajadores se protege mediante el deber que se impone al empresario de ofrecer información económica al Comité de empresa (art. 64-1º del estatuto de los Trabajadores)”¹⁷⁶.

Por su parte, MORÁN BOVIO afirma que “*la contabilidad no es sólo indispensable para el empresario a efectos internos, en tanto que ha de permitirle una fácil y rápida verificación de la marcha real de su actividad profesional, sino también desde el punto de vista de su desenvolvimiento en el mercado, desde el cual se convierte en elemento necesario para su actividad ordinaria de endeudamiento. Para advertir el interés de los socios del empresario en la correcta contabilidad de éste, basta considerar la inevitable repercusión que la evolución de su actividad tiene sobre el patrimonio personal de cada uno de ellos. Lo anterior cabe aplicarlo «mutatis mutandis» a los trabajadores del empresario, añadiéndole el dramatismo que se deriva de sustituir «patrimonio» por medio de vida y cauce de colaboración en la sociedad (art. 64 ET, L. 8/80). El legítimo interés de los acreedores en la contabilidad del empresario y en la posibilidad de tener acceso a ésta puede ser defendido, de modo inicial, por lo menos, con el art. 1.129 del C.c. (v.). la defensa de las reglas del mercado es la que ampara a quienes representan los intereses de los competidores para que puedan acceder a la contabilidad de los comerciantes de un sector determinado, porque esa verificación puede poner de manifiesto la existencia de prácticas contrarias a una competencia leal. Las exigencias recaudatorias del Estado, por último, también lo convierten en parte interesada en esta cuestión”¹⁷⁷.*

¹⁷⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones... cit.*, p. 101.

¹⁷⁷ MORÁN BOVIO, D., *Derecho... cit.*, pp. 81 y 82.

Todos estos intereses de los distintos sujetos en el conocimiento del estado económico y jurídico de las sociedades, y en su correcto funcionamiento, justifican pues la existencia de una extensa regulación relativa a los aspectos y obligaciones contables de las sociedades mercantiles, lo que en realidad es una forma de otorgar protección, por una parte, a las personas que participan o pueden participar en dichas entidades, y de otra, al sistema económico en conjunto del propio Estado. En este sentido, como se ha indicado en el anterior capítulo, los ataques más graves a dichos intereses, legitimarán la intervención del Derecho penal, lo que tendrá lugar a través de sus distintas figuras delictivas.

En efecto, dicho lo anterior más ampliamente, la regulación por una parte del Ordenamiento, en este caso el mercantil, ya no sólo de los aspectos y obligaciones contables sino, en general, de la forma en la que han de constituirse, desarrollar su actividad, participar en el mercado y extinguirse las sociedades mercantiles, no es más que una forma de, por un lado, favorecer y permitir la participación de los ciudadanos en la economía y en el mercado, estableciendo lo que podrían llamarse unas “reglas del juego”, y por otra, proteger los intereses de los distintos sujetos que, de forma directa o indirecta, se relacionan con dichas entidades o se ven influidos por su adecuado funcionamiento, de tal forma que el control o conocimiento de su contabilidad adquiere una fundamental trascendencia; de ahí, como digo, la extensísima regulación relativa a las obligaciones contables y a la necesidad de publicidad de sus estados financieros a través del Registro Mercantil.

Sólo cuando dichas reglas de funcionamiento del mercado y de control de las sociedades participantes en el mismo, así como en el régimen sancionador igualmente previsto, no son suficientes para salvaguardar los intereses de los distintos sujetos, así como los propios del Estado, y se producen daños en sus bienes jurídicos considerados más importantes, es cuando se legitima la intervención del Ordenamiento penal en orden a la protección de tales bienes e

intereses, lo que se concretará en diferentes figuras delictivas, que protegerán bienes jurídicos concretos. Y así en el caso del artículo 290 del Código Penal, donde la falta de veracidad de los documentos contables y jurídicos de las sociedades, como se verá ampliamente, será objeto de tratamiento punitivo por parte del Derecho penal, cuando con ello se estén poniendo en riesgo o lesionando los bienes jurídicos que han merecido tal protección por esa parte del Ordenamiento, frente a los ataques más graves, lo que se concreta en este supuesto en que la conducta falsaria llevada a cabo, sea idónea para causar un perjuicio económico, ya a la propia sociedad, ya a los socios o ya a terceros.

4.4. Sujetos responsables de la elaboración de los documentos jurídico-económicos.

En relación con los sujetos responsables de la elaboración de los documentos contables, al margen de la obligación que la normativa mercantil impone a todo empresario de llevar una correcta y ordenada contabilidad que refleje de forma correcta el estado en el que se encuentra la sociedad, pueden distinguirse varios actores relevantes.

Y es que, junto con los administradores en sentido estricto –único, solidarios o mancomunados-, ya de derecho o de hecho, ya titulares, suplentes, ausentes, dimisionarios o judiciales, existen otros posibles sujetos responsables de la llevanza de la contabilidad o de los documentos económicos o jurídicos de las sociedades y entidades mercantiles. Pueden citarse, entre otros, el director general, los miembros de la comisión ejecutiva o comité de dirección, el consejero delegado, el presidente del Consejo de Administración, el secretario del Consejo de Administración, los vocales del Consejo de Administración, el

letrado asesor, el auditor de cuentas, los liquidadores de la sociedad o los interventores¹⁷⁸.

Como pone de manifiesto MOYA JIMÉNEZ¹⁷⁹, en el caso del director general, a pesar de carecer de la cualidad de administrador desde un punto de vista formal, en atención a su apoderamiento general y pleno puede afirmarse que de “facto” es quien lleva a cabo la dirección de la sociedad, a cuyo efecto cuenta con poderes debidamente delegados. Lo mismo puede aplicarse a los miembros de la comisión ejecutiva o del comité de dirección, que comparten “a priori” igual apoderamiento que el director general. Asimismo, el consejero delegado debe ser considerado administrador, al reunir todos los poderes delegados del Consejo de Administración. En todos ellos debe concurrir en consecuencia un poder de gestión, decisión y ejecución, poder evidente en el caso del presidente, el secretario y los vocales del Consejo de Administración, administradores a todos los efectos. Finalmente, en cuanto al letrado asesor, según el citado autor, parece que podrá serle aplicada la responsabilidad de los administradores, únicamente si tales funciones de letrado asesor recayeron en un miembro del órgano de administración, toda vez que, en caso contrario, el letrado asesor sólo debería responder por la responsabilidad civil profesional en la que hubiere incurrido.

Por su parte, el auditor de cuentas tiene como misión la revisión de las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión, salvo los casos en los que dichas labores de comprobación no proceda, según la propia norma (art. 263 LSC). Podrá ser nombrado por la Junta General, el Registrador Mercantil o la autoridad judicial (arts. 264 a 266 LSC), y su labor consistirá en comprobar si las

¹⁷⁸ Vid. MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Barcelona, 2014, pp. 109 y ss.

¹⁷⁹ *Ibidem.*, pp. 64 y 65.

cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como en su caso, la concordancia entre las cuentas anuales y el informe de gestión (art. 268 LSC), debiendo emitir el correspondiente informe (arts. 269 y 270 LSC) y siendo responsable de su actividad frente a la sociedad, los socios y terceros acreedores (art. 271 LSC).

En cuanto a los liquidadores, su actuación tendrá lugar durante la fase de disolución y liquidación de las sociedades, y les serán de aplicación las normas establecidas para los administradores que no se opongan a las previsiones específicas contenidas en el Capítulo II del Título VII de la Ley de Sociedades de Capital (art. 375.2 LSC). Estos liquidadores, que velarán por la integridad del patrimonio social en tanto que no sea liquidado y repartido entre los socios (art. 375.1 LSC), a falta de nombramiento serán los propios administradores sociales, que cesarán en su cargo al inicio de las operaciones de disolución y liquidación, salvo que el proceso se deba a un concurso de acreedores, en cuyo caso no habrá liquidadores (art. 376 LSC).

Finalmente, en relación con los interventores, su labor consiste en la fiscalización de las operaciones de liquidación, los cuales pueden actuar en el caso de los procesos de liquidación de las sociedades anónimas, ya cuando los accionistas que representen una quinta parte del capital social así lo soliciten a la autoridad judicial, ya cuando así lo solicitase el sindicato de obligacionistas, en caso de que la sociedad hubiera emitido y tuviera en circulación obligaciones (art. 381 LSC).

CAPÍTULO TERCERO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL

1. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOCIETARIOS.

En el primero de los capítulos me he referido a cómo las actuales legislaciones penales tipifican hechos que se consideran atentatorios del orden económico, y cómo el conjunto de normas jurídico-penales que lo protegen constituyen el llamado Derecho penal económico o socioeconómico. Tras discrepar de algunas opiniones favorables a la posibilidad de un estudio separado de esa parcela del Derecho penal, me he referido a la legitimidad del empleo de esta rama del Ordenamiento para la protección de determinados intereses colectivos como verdadero núcleo de discusión, al menos algunos de ellos y, en concreto, frente a los hechos descritos en los delitos societarios del Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal, lo que a su vez ha servido para introducir otro punto de debate, la distinción sobre qué es lo que se protege mediante esas figuras y cuál es la finalidad de la norma en estos casos, diferenciando en este sentido entre el bien jurídico que de forma inmediata pretende tutelarse por la norma y el bien jurídico mediato que conecta con la finalidad objetiva de la norma o razón que motivó al legislador para llevar a cabo una concreta regulación, para finalmente abordar el estudio del Derecho penal económico en

sentido estricto y amplio¹⁸⁰ y las necesidades de política criminal relativas a la regulación de los delitos societarios en general y de los hechos previstos en el artículo 290 del Código Penal en particular.

Dicho lo anterior, y como paso previo al análisis del bien jurídico protegido en las falsedades contables del citado artículo 290, para terminar de contextualizar e introducir la citada figura dentro del Capítulo XIII del Título XIII de la mencionada norma penal sustantiva, conviene en este momento hacer un breve análisis del bien jurídico de cada uno de los delitos societarios, esto es, el objeto inmediato de protección de la norma penal que, a tenor del tipo en abstracto, equivale al interés obligadamente ofendido por el hecho típico¹⁸¹; análisis que permitirá además comprobar si el bien jurídico protegido de forma inmediata es o no el mismo en el conjunto de las figuras delictivas del mentado Capítulo XIII.

Y debe comenzarse dicho estudio haciendo sucinta referencia de una parte, a los artículos 290 a 294 del Código Penal¹⁸², que recogen los delitos

¹⁸⁰ En referencia a la postura adoptada en relación con el concepto estricto y amplio del Derecho penal económico en líneas anteriores, considero, como manifiesta FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 31, que efectivamente desde la concepción amplia lo que se está haciendo es definir el Derecho penal económico como el conjunto de normas penales que vienen a dotar de protección al orden económico, entendido como la ordenación normativa de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, donde el orden económico se erige como un objeto de protección secundario tras los intereses individuales netamente patrimoniales, siendo pues el delito económico en sentido amplio la infracción que lesiona o al menos pone en riesgo un determinado bien jurídico individual, que en segundo término afecta a la regulación de la productividad y acciones de distribución y consumo de bienes y servicios, debiendo incluirse en este grupo los delitos societarios.

¹⁸¹ Usando palabras de RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios de Derecho penal económico*, Navarra, 2009, p. 83.

¹⁸² En algunos momentos de la exposición también haré referencia al recientemente suprimido artículo 295, como consecuencia de la modificación del Código Penal operada en 2015.

Sobre los delitos societarios en general, vid. entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*; FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Valencia, 1996 y 2015; la misma autora, *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*;

societarios y cuyos hechos delictivos consisten, respectivamente, en el falseamiento de los documentos sociales, la imposición de acuerdos abusivos, la imposición de acuerdos lesivos a través de mayorías ficticias, la lesión de los derechos de los socios y la obstrucción a las labores de inspección o de supervisión¹⁸³; y de otra, con igual brevedad, a la clasificación de estos delitos según la doctrina.

Comenzando por esto último, la clasificación de estas figuras, como pone de manifiesto DEL ROSAL BLASCO¹⁸⁴, no resulta sencillo establecer un criterio idóneo de ordenación, dada “*la complejidad y multiplicidad de sus elementos constitutivos (bien jurídico, sujeto activo, sujetos pasivos, objeto material, etc.)*”, que permiten la fijación de diversas formas de sistematización. Así, una de las formas de clasificar los delitos societarios lo es atendiendo al titular del interés protegido, de tal forma que se habla de delitos contra la sociedad, contra los socios, contra los acreedores y contra terceros¹⁸⁵. También se

MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos Societarios”, en *Revista de Derecho de Sociedades. Colección de Monografías*, núm. 6, Pamplona, 1996; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, 2013; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, 2006; el mismo autor, “El alumbramiento... cit.”; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos... cit.*

¹⁸³ En el caso del suprimido artículo 295 del Código Penal, se trataba de la administración de la sociedad de forma abusiva o fraudulenta.

¹⁸⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 39.

¹⁸⁵ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 39; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit.”, p. 87; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos societarios en el Código Penal”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Las penas y el delito societario en el Código Penal*, núm. 1, 3ª época, Madrid, 1996, p. 46. Este último autor, en referencia a esta forma de clarificar los delitos societarios, especifica cómo “*los primeros infringen los deberes del órgano hacia la propia sociedad, como la divulgación de noticias reservadas, influjo ilícito en la formación de la mayorías, participación en deliberaciones en supuestos de conflicto de intereses con la sociedad, etcétera. Los delitos contra los socios lesionan los derechos de éstos, omisión de convocatoria de juntas, impedimento de control en la gestión social, etcétera. Los delitos contra los acreedores lesionan el interés de éstos a la conservación de la garantía (reducción irregular del capital social, valoración exagerada de aportaciones no dinerarias, etc.). Finalmente, los delitos societarios contra terceros, aunque pueden lesionar los derechos de los socios y*

ha establecido por la doctrina como posible criterio clasificatorio, la posibilidad de atender a los hechos realizados en cada caso, pudiendo de esta forma distinguirse delitos consistentes en falsificaciones en la información social, en la infidelidad de los órganos sociales y en la traba de la supervisión y vigilancia a llevar a cabo por determinados agentes administrativos¹⁸⁶. Igualmente, según se traten de delitos preparatorios de futuros delitos de defraudaciones patrimoniales, de delitos de defraudaciones patrimoniales y de delitos de impedimento de la labor supervisora de los órganos administrativos competentes¹⁸⁷. O según se traten de falseamiento de los documentos que hayan de reflejar la situación económica o jurídica de la entidad, prevalimiento o impedimento del ejercicio de derechos sociales¹⁸⁸. Otros criterios de clasificación de los ilícitos societarios,

acreedores, no lo hacen en cuanto éstos aparecen como tales (falsas comunicaciones que pueden inducir a personas no vinculadas jurídicamente a la sociedad ni como socios ni como acreedores a tomar decisiones perjudiciales para su patrimonio)”.

¹⁸⁶ Así lo propuso TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pp. 84 y ss.; vid. igualmente JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “De los delitos societarios y contra los consumidores”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Las penas y el delito societario en el Código Penal*, núm. 1, 3^a época, Madrid, 1996, pp. 18 y 19. La misma clasificación la concreta SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 87, exponiendo cómo las falsificaciones en la información social vendrían referidas al artículo 290 del Código Penal, la infidelidad de los órganos sociales a los artículos 291, 292 y 293, y al actualmente suprimido artículo 295 (la infidelidad de los órganos sociales incluiría la imposición de acuerdos abusivos o lesivos, el impedimento de derechos sociales de participación y administración desleal en el caso del señalado artículo 295), y el entorpecimiento a las labores de supervisión y control por parte de las autoridades administrativas al artículo 294.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Los nuevos delitos pseudosocietarios”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Las penas y el delito societario en el Código Penal*, núm. 1, 3^a época, Madrid, 1996, pp. 83 y 84. En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L. señala cómo los delitos societarios pueden ser clasificados sistemáticamente “en función de las conductas descritas” en los diferentes tipos, pudiendo distinguirse “delitos de carácter preparatorio de futuras defraudaciones patrimoniales” (artículos 290, 291, 292 y 293 del Código Penal), “defraudaciones patrimoniales mediante administración fraudulenta” (artículo 295 de la Ley sustantiva penal, actualmente suprimido de la misma) y delitos de “obstruccionismo a controles administrativos” (artículo 294 de la citada norma).

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “La situación jurídica del empresario en el nuevo Código Penal (II)”, en *Expansión de 24 de mayo de 1996*, p. 47, citado por SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 88. Los delitos de falseamiento de los documentos que hayan de reflejar la situación económica o jurídica de la entidad se referirían a los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal; los de prevalimiento, a los de los artículos 291 y 292, y al suprimido artículo 295 (puesto de manifiesto a través de acuerdos abusivos por mayorías reales o lesivos por mayorías ficticias, y a través de una administración desleal); mientras que los de impedimento del ejercicio de

además de los anteriormente señalados, se basarían en aspectos tales como una clasificación de los mismos en función de si se tratan de delitos de peligro o de lesión, o en función de la parte del Ordenamiento jurídico extrapenal que resultara afectado por cada delito¹⁸⁹. Y finalmente, pueden clasificarse estos delitos societarios atendiendo al bien jurídico que protegen. Salvo éste último, los anteriores criterios de clasificación, no tienen relación directa con el bien jurídico, sino fundamentalmente con el contenido del tipo.

Al margen de las posibles formas de sistematizar o clasificar los delitos societarios, como decía anteriormente, debe hacerse igualmente una sucinta referencia a cada una de estas figuras. Comenzando por el artículo 290 del Código Penal, en él se describe la falsedad en los documentos contables llevada a cabo por el administrador de hecho o de derecho de las sociedades mercantiles, teniendo en cuenta la importancia que tienen dichos documentos en orden a dar a conocer el verdadero estado económico y jurídico de las entidades, debiendo todo ello poner en riesgo –en atención al párrafo primero- o lesionar –en el párrafo segundo-, intereses patrimoniales de la propia sociedad, de sus socios o de terceros que puedan relacionarse con la entidad¹⁹⁰. En este sentido, si se

derechos sociales a los del artículo 293. Se excluyen de la anterior clasificación los hechos descritos en el artículo 294, por no considerarse de un delito societario en sentido estricto.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Los nuevos... cit.*, p. 83. El autor expone cómo al margen de clasificaciones de carácter sistemático, los delitos societarios pueden clasificarse “*desde un punto de vista de la exigencia típica de lesión o de peligro del bien jurídico*”, siendo del primer tipo los descritos en el artículo 290, segundo párrafo y en el recientemente suprimido artículo 295 del Código Penal (actualmente suprimido), y del segundo tipo el resto (artículos 290, párrafo primero, 291, 292, 293 y 294 de la norma penal). Por su parte, si se atiende al sector del Ordenamiento jurídico afectado por estos delitos, distinto de la rama penal, entiende el autor que los hechos del artículo 294 del Código Penal afectarían al Derecho administrativo, mientras que el resto de delitos societarios al Derecho mercantil o civil.

¹⁹⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 83. Como se tendrá ocasión de tratar más adelante extensamente, es fundamental para su relevancia penal que la falsedad documental llevada a cabo sea idónea para causar el perjuicio descrito en el precepto. En este sentido y por todos, sobre la idoneidad de la falsedad documental, FARALDO CABANA, P., *El delito societario de falsedad en los documentos sociales*, Valencia, 2003, pp. 57 y 58. Asimismo, se trata de un delito necesario para tipificar determinadas falsedades ideológicas en el ámbito contable; en este sentido, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 78.

atiende a la legislación no penal, esos documentos contables parecen reducirse a los balances y las cuentas anuales, los únicos capaces “a priori” de reflejar la imagen fiel de la sociedad desde el punto de vista patrimonial, al ser los instrumentos que sirven para comprobar precisamente la situación en la que se encuentra su capital social. A favor de la penalización entre los delitos societarios de los hechos que se describen en este artículo 290 del Código Penal, se ha mostrado de forma unánime la doctrina¹⁹¹, encontrándose el único antecedente normativo de la regulación de estos hechos en el Código Penal de 1928¹⁹².

El artículo 291 del Código Penal sanciona los hechos consistentes en la imposición de acuerdos abusivos por parte de aquel que se prevale de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de la sociedad constituida o en formación, imposición de los acuerdos que se lleva a cabo con ánimo de lucro propio o ajeno, con perjuicio de los demás socios y sin que reporten beneficios a la entidad¹⁹³. En relación con los hechos descritos en el citado precepto, se ha discutido por parte de la doctrina si resulta precisa su

¹⁹¹ Por citar a algunos autores, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Los delitos... cit., p. 429; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p.658; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 372; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 78; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 99.

¹⁹² El artículo 734 del Código Penal de 1928, castigaba al “...miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una sociedad anónima o el director, gerente o liquidador de una de estas sociedades que en sus noticias o comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la junta de accionistas consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad...”. Aluden a ello, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p.658; FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, pp. 359 y 360; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 155; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 55; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 243; o SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 97.

¹⁹³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 121. Por tanto, según SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 544, resulta necesario “a) prevalerse de la situación mayoritaria en la Junta de accionistas o en el órgano de administración de la sociedad; b) actuar con ánimo de lucro propio o ajeno”; c) se actúe en perjuicio del resto de socios; d) se impongan acuerdos abusivos, y e) que los acuerdos no reporten beneficio a la sociedad”. En relación con esta figura delictiva, como afirman BAJO FERNÁNDEZ, M. Y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Los delitos... cit.*, p. 664, lo que dota de significado o relevancia penal a estos hechos es el carácter abusivo con el que se adopta el acuerdo.

criminalización, al plantearse si, aun tratándose de un acuerdo contrario a Derecho el adoptado con abuso de la mayoría, la respuesta que proporcionan el Derecho mercantil y civil resulta suficiente para tutelar tales abusos, defendiéndose en consecuencia y mayoritariamente por dicho sector doctrinal, la necesidad de hacer una interpretación restrictiva del precepto para su adecuación al principio de intervención mínima del Derecho penal, de tal forma que los hechos no sean delictivos cuando no exista el ánimo de lucro o el acuerdo adoptado beneficie a la sociedad aun a pesar de producir perjuicios en una minoría de los socios¹⁹⁴. En relación con ello, opino que este criterio restrictivo ya viene dado por el propio artículo 291, ya que exige el ánimo de lucro, el perjuicio a los socios y la falta de beneficio para la entidad. Asimismo, se discute por la doctrina muy particularmente en relación con este artículo 291, si se trata de un delito de peligro o de resultado, acogiéndose por la mayoría de los autores la primera de las opciones¹⁹⁵.

El artículo 292 del texto penal, recoge la imposición o aprovechamiento para su autor o en beneficio de un tercero, de un acuerdo lesivo caracterizado porque su adopción ha tenido lugar mediante una mayoría ficticia, produciéndose un perjuicio para la propia entidad o para alguno de sus socios¹⁹⁶. Como en el

¹⁹⁴ Así, entre otros, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., pp. 424 y ss., y *Los delitos...* (2015) cit., pp. 196 y ss.; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 503. Otros autores se muestran contrarios a la tipificación de estos hechos, entre ellos, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., pp. 212 y ss. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos...” cit., p. 122.

¹⁹⁵ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho...* cit., p. 545; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., pp. 119 y 120; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., p. 215.

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., p. 59. El propio artículo 292 del Código Penal describe el concepto de acuerdo abusivo adoptado por una mayoría ficticia, como aquel obtenido, entre otras posibles formas, mediante abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a determinados sujetos que carecen de tal derecho y por negación ilegal del ejercicio del derecho de voto a quienes sí lo ostentan legalmente. Se exige ánimo de lucro propio o ajeno, o aprovechamiento para sí o tercero, sin que por el contrario sea preciso la causación de un perjuicio. Así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE) cit., p. 503.

caso del artículo 291, un sector de la doctrina pone en entredicho su inclusión entre los delitos societarios, ya porque podría subsumirse en el citado artículo 291, ya porque simplemente no resulta clara la necesidad de perseguir penalmente los hechos en el mismo contenidos¹⁹⁷. Del mismo modo, como en el caso del artículo que precede, es discutido profusamente por la doctrina si se trata de un delito de peligro o de resultado¹⁹⁸.

El artículo 293 del mismo texto prevé la lesión de los derechos de los socios, estando constituido el hecho típico por la negación o el impedimento al socio del ejercicio de sus derechos, en concreto, por la negación del derecho del socio de obtener información sobre la entidad y de participar en la gestión y control de la misma, así como del derecho de suscripción preferente de acciones, o por la obstrucción del ejercicio de tales derechos cuando no fue negada su titularidad al socio¹⁹⁹. También en relación con este delito algunos autores se muestran críticos, en tanto que podría resultar excesiva la penalización de estos hechos sin la exigencia de otros requisitos, teniendo en cuenta que estos derechos de los socios están fuertemente regulados por el Ordenamiento mercantil y civil, y que se estarían criminalizando meros ilícitos del Derecho privado²⁰⁰.

¹⁹⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit., pp. 122 y 142-143; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 76 y ss.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 96; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 119 y 120.

¹⁹⁹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos... cit., p. 58. El derecho negado u obstruido ha de ser necesariamente alguno de los previstos por las leyes, no siendo suficiente que esté reconocido estatutaria o contractualmente si no son se trata de alguno de los derechos reconocidos por las leyes. Así RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 61.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE) cit.*, p. 504. Con rotundidad afirmó DEL ROSAL BLASCO, B. tras la aprobación del Código Penal de 1995, *Los delitos... cit.*, p. 127, que “la inclusión de este tipo en el ámbito de los delitos societarios es una de las decisiones, posiblemente, más polémicas del legislador de 1995 de la que se ha llegado a decir que resulta inaceptable que la norma penal no sólo aporte un plus de gravedad con respecto al ilícito mercantil, —continúa citando ahora a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial*, Madrid, 1996, pp. 469 y ss.- <<sino que, antes al contrario, cabe afirmar que en su literalidad amenaza con una pena criminal la ejecución de conductas que materialmente pueden incluso no

El Código Penal sanciona en el artículo 294 a los administradores que obstruyan o impidan la actividad supervisora o de inspección de cualquier autoridad de control, no siendo preciso que acontezca ningún daño o perjuicio para la sociedad o para sus socios, como tampoco que exista un ánimo de causar perjuicio o se produzca la mera puesta en peligro de los intereses de los sujetos u órganos de la sociedad²⁰¹. De nuevo parte de la doctrina penalista se muestra crítica con la inclusión de esta figura en el Código Penal, esta vez, fundamentalmente, por coincidir la tipificación de la norma penal con el presupuesto de hecho preciso para la imposición de las sanciones administrativas por la comisión de las correspondientes infracciones extrapenales, sin aportarse por tanto una mayor gravedad a los hechos descritos en el Código Penal que justificaran la intervención de esta rama del Ordenamiento²⁰²; por entender, en relación con ello, que se trata de un precepto que sirve de mero refuerzo del control administrativo²⁰³; o por considerar que los hechos contenidos en el

llegar a comportar la exigencia de una responsabilidad extrapenal». Vid. también, entre otros, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 487, y *Los delitos...* (2015) cit., p. 264.

²⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 86. Como resume SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit., pp. 200 y 201, el artículo 294 hace referencia a dos supuestos, a saber: uno a sociedades o empresas que resultan sometidas a supervisión administrativa, esto es, “*la facultad de control que determinada autoridad se reserva sobre la actividad de las empresas que actúen en determinada rama de la actividad económica o en virtud de una decisión singular previa que sea firme*”; y dos, a entidades que participan en mercados que resultan sujetos a supervisión administrativa, pudiendo entenderse por tales, según el citado autor, “*aquellos... en los que los fondos prestados se documentan en valores, apelándose al ahorro público, a los particulares y empresas en general, ofreciéndoles una rentabilidad para canalizar tales fondos hacia empresas productivas*”, siendo “*un mercado de negociación abierto al público, en el que el prestatario, al que habitualmente se le denomina como «inversor», se encuentra en situación de desventaja*”.

²⁰² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 517, y *Los delitos...* (2015) cit., pp. 316 y ss. Para MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos... cit., p. 60, “*es una mera criminalización de una simple infracción administrativa*”, concluyendo que “*se trata de un delito puramente formal*”. Y para RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., p. 100, se trata de un delito “*totalmente innecesario y contraviene el principio de intervención mínima... La sanción administrativa resulta en esta materia mucho más eficaz y no existe ninguna razón que, por la especial intolerabilidad del comportamiento prohibido, justifique el recurso al Derecho penal*”.

²⁰³ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, p. 133, en referencia a TERRADILLOS BASOCO, J.Mª., “Los delitos societarios”, en DEL ROSAL BLASCO, B. (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código*

mismo serían en todo caso subsumibles en el delito de desobediencia²⁰⁴ y que, por tanto, no se trataría de un delito societario²⁰⁵.

Dada la regulación introducida por la reciente reforma del Código Penal, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que trata el hasta entonces vigente delito societario de administración desleal junto con la figura de la apropiación indebida, he excluido de mi exposición el artículo 295 del anterior texto penal²⁰⁶.

penal de 1995, Valencia, 1997, p. 283; JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos...* cit., p. 25; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos... cit., p.60. Asimismo, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* cit., p. 673, para quienes “*el comportamiento descrito en el art. 294 consiste en negar o impedir actuaciones inspectoras o supervisoras y es otro ejemplo más de la excesiva amplitud represiva del Código penal en materia de delitos económicos. Hubiera sido preferible, respetando la máxima de que el Derecho penal es la ultima ratio, abandonar la represión de estas conductas al ámbito administrativo*”.

²⁰⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., p. 282; JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos...* cit., p. 24; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos... cit., p.60; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., p. 99; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.^a, “Los Delitos... cit., pp. 36 y 86.

²⁰⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.^a, “Los Delitos... cit., pp. 86, 88 y 195.

²⁰⁶ En referencia al recientemente suprimido artículo 295 del texto penal, el mismo preceptuaba como delito societario los hechos consistentes en la administración abusiva o fraudulenta de las sociedades, que se concretaba en la causación de un daño a través de la capacidad que tiene el administrador de poder llevar a cabo actos de disposición patrimonial o acciones a través de las que contraer obligaciones de carácter patrimonial en nombre de la sociedad (NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, p. 273. En cuanto a esa disposición de bienes de la sociedad, su temporalidad marcaban la distinción del hecho de la administración desleal con respecto al delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal. De este modo, el delito de administración desleal quedaba reservado para aquellos hechos que no comporten una pérdida de bienes de carácter permanente y definitivo. Así MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001, p. 45); en este sentido, se correspondía con el deber de los administradores de actuar de forma diligente y leal en pro del patrimonio social y de los intereses de los socios (JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos...* cit., p. 25). De forma prácticamente unánime para la doctrina, la tipificación de estos hechos era acertada (por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Los nuevos...* cit., p. 91), a pesar de lo cual y de la misma forma, se criticaba por la mayoría de los autores el artículo 295 por dos motivos: uno, porque únicamente se refería a la administración desleal que se producía en el ámbito societario, no dando por tanto el citado precepto solución a la vieja demanda de la doctrina penalista sobre la necesidad de que exista un delito que castigue la administración fraudulenta con carácter general; y otro, por la polémica que suscitaba en torno a la distinción con el delito de apropiación indebida “ex” artículo 252 del Código Penal, precisamente la figura que, junto con la estafa, había servido para tutelar los hechos contenidos en el artículo 295, antes de la aprobación del Código de 1995 (MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal Español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2005, pp. 1 y ss. Vid. también, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., “La administración desleal en el nuevo

A la vista de lo anterior, parece por tanto que sólo la doctrina se muestra pacífica en relación a la tipificación de los hechos descritos en el artículo 290²⁰⁷. En cualquier caso, eludiendo la cuestión en este momento, por cuanto no se pretende hacer debate de ello, lo cierto es que los hechos contenidos en los artículos 290 a 294 del texto penal, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA²⁰⁸, son de muy distinto alcance y afectarían a intereses o bienes jurídicos de diferente naturaleza, compartiendo como elemento común el hecho de que tengan lugar en el contexto de actividades societarias o de valerse de las estructuras de estas entidades para su ejecución, siendo hechos que precisamente vienen definidos por su vinculación con el funcionamiento y organización de las sociedades mercantiles, según el citado autor al adoptarse de éstas la mayor parte de sus elementos “*para la integración o la cualificación del tipo*”. Sin perjuicio de retomar esta cuestión cuando más adelante se aborde el estudio pormenorizado del artículo 290 del Código Penal, parece aceptarse la idea de que los delitos societarios constituyen causas de criminalidad en la empresa y no de criminalidad de la empresa, ya que en ella es donde se producirían los hechos

Código Penal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, pp. 195 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito... cit.*, pp. 25 y ss.; NIETO MARTÍN, A., *El delito... cit.*, pp. 318 y 319; PÉREZ DEL VALLE, C., “El tipo subjetivo en la administración desleal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, pp. 49 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, pp. 131 y 132; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 101).

²⁰⁷ También lo estaba en relación a la tipificación de los hechos descritos en el artículo 295 del Código Penal, aun a pesar de las críticas expuestas hacia este último. Por todos los autores críticos en este sentido, citaré a dos a título de ejemplo: RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 79, al decir que “una reflexión más serena acerca de la necesidad de estos delitos habría deparado la conclusión de que sólo los actuales 290 y 295 eran necesarios”; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit.”, p. 86, cuando dice que “de lege ferenda habría que suprimir estos delitos, a cambio de uno o varios delitos de «abuso de confianza» centrados en la administración desleal de bienes ajenos, agravando la penalidad, si fuera preciso, de los comportamientos de tal carácter acaecidos en el ámbito de las sociedades mercantiles y manteniendo el delito de falsedad documental del actual artículo 290”.

²⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 31. También se refería al artículo 295 del Código Penal, antes de ser suprimido por la modificación en el mismo operada en 2015.

punibles, pero no por la misma²⁰⁹. No obstante, aun mostrándome conforme con la anterior opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, como ya he tenido ocasión de indicar en anteriores líneas, tal no sería, a mi juicio, el único elemento común de los delitos societarios. En este sentido, aunque pueda resultar obvio, no puede olvidarse cómo los hechos que conforman los delitos del Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal, comparten igualmente otro aspecto común, la “ratio legis” o finalidad de la norma, esto es, la intención que tuvo el legislador a la hora de penalizar esos hechos, que se concreta en la protección de, al menos, determinadas parcelas del orden económico o socioeconómico, lo que tendrá lugar a través de estas figuras societarias de forma indirecta, conformando dicha capacidad para afectar al orden socioeconómico el bien jurídico mediato que, como también se ha indicado, trasciende al bien jurídico directo o dogmático que se protege en cada uno de los delitos, el cual cumple por el contrario una función interpretativa de los elementos del tipo y que, como “*objeto inmediato de protección de la norma penal, ...equivale al interés que, según el tipo en abstracto, resulta necesariamente ofendido por el comportamiento típico*”²¹⁰.

Dicho lo anterior, y toda vez que, como mantuve previamente, no parece haber dudas acerca de que lo que viene a protegerse de forma mediata en los delitos societarios es el orden económico o socioeconómico, al menos, cierta parte del mismo, es preciso por tanto para terminar de contextualizar e introducir el delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, abordar con carácter general cuál es el bien jurídico inmediato protegido en cada una de esas figuras, a los efectos igualmente de comprobar si es común a todas ellas, o si por el contrario en cada supuesto se protege un interés concreto diferenciado del resto de los delitos del Capítulo XIII del Título XIII de la norma penal. En relación

²⁰⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 828. Igualmente, el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 31, y los autores allí citados.

²¹⁰ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 83.

con ello, primeramente debe ponerse de manifiesto cómo la referencia “societarios” contenida en el epígrafe del Capítulo XIII, como opina RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., no aporta ninguna idea concreta acerca de cuál puede ser el bien jurídico protegido en cada una de las figuras que lo integran o en su conjunto, no mencionándose ni tan siquiera cuál sería el objeto del ataque en estos delitos²¹¹. En referencia a ello, añade el autor que “*lo societario es sólo un ámbito de referencia delictiva que va a indicar el instrumento de comisión del delito (la sociedad mercantil), el área de comisión o uno de los rasgos que identifica a los sujetos pasivos del delito*”, concluyendo pues que los delitos societarios abarcan por tanto, los cometidos “a través de” o “en la sociedad mercantil”, y los delitos contra la misma y sus socios. En efecto, es plausible que esta mención del epígrafe del mentado Capítulo XIII, no aporta dato alguno que sirva para identificar el bien jurídico que se protege en los delitos que lo conforman, a diferencia de otras menciones de otros Títulos o Capítulos del Código Penal, que por el contrario sí acercan o incluso apuntan hacia el bien jurídico que se protege²¹², deduciéndose simplemente que se tratan de delitos cuya producción tiene lugar, “a priori”, en el contexto de las sociedades mercantiles.

Comenzando por el carácter o naturaleza que tendría el bien jurídico protegido en este conjunto de delitos, una parte de la doctrina apunta hacia la dificultad de su establecimiento, reconociéndose que, vistos en su conjunto, se

²¹¹ Ibídem., p. 89. De igual forma, para el citado autor, ibídem., pp. 84 y ss., la mención “orden socioeconómico” del epígrafe del Título XIII, no aporta excesivas señales en relación a cuál podría ser el bien jurídico protegido de los distintos delitos que lo componen, a diferencia de la mención “patrimonio” del mismo epígrafe, en relación al cual se ha alcanzado gran consenso doctrinal en cuanto a su contenido fundamental. En este sentido y en relación con la primera de las menciones, concluye que “*las categorías del orden económico y del orden socioeconómico no constituyen, ni siquiera en su sentido más estricto, el contenido de un bien jurídico concreto. Ni siquiera aluden a un conjunto homogéneo de bienes. Constituyen a lo sumo una categoría de referencia que engloba un conjunto más o menos sistematizado de valores económicos*”.

²¹² Tal es el caso, por ejemplo, del Título VIII, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

tratan de delitos pluriofensivos, al poder verse afectados dos tipos de intereses por los distintos hechos delictivos: de una parte, intereses patrimoniales individuales de la sociedad, socios y acreedores o terceros que puedan verse dañados por la actividad societaria; y de otra parte, intereses socioeconómicos supraindividuales, según las consecuencias que los hechos puedan tener para el sistema económico o de mercado, concretados en el correcto funcionamiento de la entidad mercantil, lo que atañe la estabilidad y el orden del tráfico o sistema económico en su conjunto²¹³. Otro sector doctrinal considera que son delitos de carácter fundamentalmente patrimonial y no contra el orden socioeconómico, excepción hecha al supuesto del artículo 294, en relación al cual la mayoría de los autores aboga por considerarlo un delito de carácter socioeconómico²¹⁴. Ello no significa sin embargo que este último sector de la doctrina comparta opinión en cuanto a la identificación del bien o bienes jurídicos en particular que de forma inmediata se protege o protegen en cada delito²¹⁵ y, por tanto, que los delitos societarios tengan como elemento común la protección de un mismo bien o bienes jurídicos. Al contrario, tanto una parte de la doctrina como la otra, coinciden en señalar que será preciso el estudio pormenorizado de cada una de las figuras para poder concluir qué es lo que se protege de forma directa o inmediata²¹⁶.

²¹³ Así GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, pp. 503 y 504.

²¹⁴ Así entre otros, FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 518, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 319; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 215; BLANCO LOZANO, C., *Tratado... cit.*, p. 640; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, Barcelona, 2010, pp. 581 y 582.

²¹⁵ Para una parte de la doctrina los delitos societarios, al menos algunos de ellos, presentan un carácter pluriofensivo.

²¹⁶ Por todos, GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 503.

En el caso del artículo 290 del Código Penal, que como se ha anticipado prevé el falseamiento de documentos contables societarios, sin perjuicio de tratarlo extensamente más adelante, se trata de un delito de falsedad documental que, como tal, para un primer sector de la doctrina, llevaría “a priori” a la conclusión de que el bien jurídico que pretende protegerse en el mismo es la fe pública, ya por sí, ya concretada en la confianza de socios y terceros acerca de la veracidad que se presume de los documentos contables de la entidad mercantil o, como dice RODRIGUEZ MOURULLO, “*en la corrección de las declaraciones públicas de la sociedad mercantil relativas a su situación patrimonial*”²¹⁷. Sin embargo, parte de la doctrina difiere sobre la idea de que efectivamente el bien jurídico que se proteja a través de esta figura sea precisamente la fe pública, argumentándose fundamentalmente que se trata de un bien ciertamente abstracto o inespecífico²¹⁸.

Por tanto, existen autores que centran el bien jurídico en la fe pública o en la veracidad que se presume de los documentos contables²¹⁹, y autores que abogan por otros posibles bienes jurídicos, tales como la funcionalidad de los

²¹⁷ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, *Estudios... cit.*, p. 91.

²¹⁸ FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 367, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 116; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91. Para la primera de los autores citados, *Los delitos... (1996) cit.*, pp. 366 y ss., y *Los delitos... (2015) cit.*, pp. 116 y ss., la fe pública no puede constituir el bien jurídico protegido, de hecho no puede hacerlo en ningún delito de falsedad documental, por cuanto resulta demasiado abstracto e indeterminado, debiendo siempre haber una lesión a un bien jurídico de carácter individual que justifique la punición de la falsedad documental, pudiendo a lo sumo admitirse, que la fe pública se constituya como un bien o interés mediato.

²¹⁹ Es opinión de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 502, que el bien jurídico que directamente se protege es “*la confianza de los socios en que la documentación manejada por los administradores refleje correctamente la situación económica y jurídica de la sociedad...*” y “*...la confianza de los terceros, especialmente de los acreedores que puedan relacionarse con la sociedad confiando en que los datos documentales reflejen exactamente su situación*”. También MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 246, afirman que el bien jurídico viene constituido por “*el interés que el orden social y económico constitucional tienen en que la información que han de publicar las sociedades sea veraz... que los datos societarios relevantes, y por tanto sometidos a un deber de publicación, ofrezcan una imagen fiel de la entidad*”. MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 19. SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos...*, p. 128; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 66.

documentos en las diversas tareas que cumplen en el tráfico jurídico con vista a ciertos intereses subyacentes²²⁰; el patrimonio y su seguridad²²¹; el derecho a una completa y veraz información de los socios, acreedores y terceros sobre el estado contable de la entidad²²²; el derecho a que la información que reciban socios y

²²⁰ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., pp. 369 y 370, y *Los delitos...* (2015) cit., pp. 118 y 119. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., p. 373. El mismo, *Derecho penal económico y...* cit., p. 207. ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos...” cit., p. 720. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual...* cit., p. 329, ponen de relieve la importancia que poseen los documentos contables en la vida societaria, especialmente en relación con las funciones de garantía que cumplen el capital y el patrimonio sociales.

²²¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., pp. 164 y ss. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., pp. 370 y 371, y *Los delitos...* (2015) cit., pp. 119 y ss. Opina esta autora que junto con la funcionalidad de los documentos sociales, igualmente resulta protegido el patrimonio individual de los distintos sujetos a los que puede afectar la falsedad documental. En este sentido, afirma que la diferencia con el bien jurídico en las falsedades documentales comunes se justifica en la necesidad de que la falsedad en el documento sea idónea para causar un ejercicio patrimonial, de tal forma que en tanto se justifica la figura societaria por esta mayor gravedad, correlativamente debe traer su causa en la necesidad de distintos bienes jurídicos a proteger. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., pp. 373 y 374, y *Derecho penal económico y...* cit., p. 207, para quien igualmente estamos en presencia de un delito pluriofensivo en el que, además del patrimonio, se estaría protegiendo la funcionalidad de los documentos sociales en las relaciones jurídicas. LUZÓN CUESTA, J.Mª., *Compendio...* cit., p. 207, opina igualmente que estamos en presencia de un delito pluriofensivo, siendo uno de sus bienes objeto de protección los intereses patrimoniales de los destinatarios de la información societaria. En iguales términos DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., pp. 94 y 95. Para RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., p. 92, a diferencia del resto de delitos consistentes en falsedades documentales, la descrita en el artículo 290 de Código Penal viene marcada por la necesidad de su idoneidad para, al menos, poner en peligro bienes o intereses de carácter patrimonial; y esta nota diferenciadora es la que permite afirmar que “la falsedad se convertiría así en un modo de ataque al patrimonio ajeno o a su seguridad”, siendo este el bien jurídico inmediato; en iguales términos, el mismo, “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, p. 22. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho...* cit., p. 541, considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la propia sociedad, sus socios o terceros, siempre que pueda derivarse un perjuicio económico, extremo que enlaza con la exigencia que incorpora el precepto sobre la idoneidad de los hechos llevados a cabo por el autor para poder causar tal resultado lesivo. GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones...* cit., p. 508, consideran que se trata de un delito pluriofensivo, siendo uno de sus intereses protegidos el patrimonio individual de la sociedad, socios o terceros. ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos...” cit., p. 720.

²²² JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos...* cit., p. 22, afirma que el precepto persigue garantizar ese derecho a la información, que debe reflejarse debidamente en documentos claros y exactos, en correspondencia con el deber empresarial de llevar al día una contabilidad ordenada y fiel con la realidad de la situación económica de la entidad. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos...” cit., p.830, opina igualmente que el derecho de información de los socios y de los terceros interesados constituye el bien jurídico inmediato en el delito descrito en el artículo 290 del Código Penal, debiendo dichos sujetos recibir datos veraces y fieles de la situación de la entidad,

terceros acerca del estado contable de la sociedad sea completa y veraz²²³; la administración leal de la sociedad²²⁴; o “la transparencia externa de la administración social”²²⁵. Algunos autores consideran que se trata de un delito pluriofensivo²²⁶ y que, por tanto, son varios los bienes jurídicos protegidos de forma inmediata a través de esta figura. Consecuentemente con lo expuesto y “a sensu contrario”, no puede decirse que alguno de los anteriores intereses sea exclusivamente el bien jurídico protegido, y así, en sus exposiciones, los autores niegan que pueda constituir el bien jurídico en sentido dogmático la fe pública²²⁷; la seguridad del tráfico jurídico²²⁸; el derecho a la verdad²²⁹; el derecho de

“como garantía del correcto funcionamiento de la misma y de sus propios patrimonios”. LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 207, afirma que uno de los objetos de protección está conformado por el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 329, opinan que uno de los bienes jurídicos que se protegen mediante esta figura delictiva es el derecho a obtener una información completa y veraz de la situación económica y jurídica de la entidad. Igualmente DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 94 y 95, y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 55.

²²³ En este caso no se hace referencia al derecho de socios y terceros a la información sobre el estado contable de la sociedad, sino a un bien jurídico entendido y concretado en el derecho a que la información recibida sea completa y veraz. Así SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, p. 577, que defiende que el bien jurídico tutelado está conformado por el derecho de los socios y de terceros a que la información suministrada por la entidad sea completa y veraz. También GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 55, que distingue este bien jurídico del derecho a que la información recibida sea completa y veraz, del consistente en el derecho a recibir tal información. Igualmente SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit.”, p. 100, al decir que “*el bien jurídico protegido por el precepto no es otro que la veracidad de la información social*”. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Los delitos... cit.”, p. 429, afirma que el artículo 290 protege la veracidad de la información que reciben los socios. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 658. También MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 19.

²²⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Los delitos... cit.”, p. 429.

²²⁵ *Ibidem.*, p. 429. Para el autor de referencia, ello es así en tanto que a través de las cuentas anuales se informa a los terceros, al mercado en su conjunto, sobre la situación de la entidad. De este modo, vienen a protegerse los intereses de terceros.

²²⁶ En este sentido, por todos, así lo señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades”, en Sánchez López y Diego Díaz-Santos (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Salamanca, 2000, pp. 39 y ss.

²²⁷ Así, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 165.

²²⁸ FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 368, y *Los delitos... (2015) cit.*, pp. 117 y 118.

información de los socios y de otras personas interesadas en la entidad²³⁰; o la propia entidad mercantil²³¹.

Puede concluirse, que una parte de la doctrina apunta a un bien jurídico de inmediata protección consistente en el derecho a una información social veraz por los distintos sujetos que puedan verse afectados por la actividad societaria, de tal forma que se refleje de manera fiel y exacta la situación jurídica y económica de la entidad; otra parte de la doctrina entiende que lo que se está protegiendo es el patrimonio de la sociedad, sus socios o terceros, ya con carácter exclusivo ya como uno de los bienes en el caso de concebirse el delito como pluriofensivo, supuesto en el que además se estaría protegiendo la funcionalidad de los documentos contables²³².

Con respecto al artículo 291 del Código Penal, que tipifica la imposición de acuerdos abusivos, una parte mayoritaria de la doctrina, opina que el bien jurídico que se protege consiste en el patrimonio de los socios²³³; en palabras de

²²⁹ *Ibídem.* (1996), p. 369, y (2015), p. 117.

²³⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 167; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91.

²³¹ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit.”, p. 518.

²³² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit.”, p. 428.

²³³ FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 434, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 204, el bien jurídico es el patrimonio individual de los socios, lo que resulta confirmado con la alusión que el precepto hace al ánimo de lucro que debe concurrir en los autores y en el perjuicio que ha de acarrear a los demás socios, el cual sin embargo no tiene porqué llegar a producirse. Por su parte, aunque conforme con la identificación del bien jurídico como el patrimonio de los socios, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, pp. 92 y ss., pone algunos reparos a la cuestión, al opinar que la decisión sobre el bien jurídico parece depender de la interpretación que quiera darse a la expresión “*en perjuicio de los demás socios*”. Si se entiende que significa “con perjuicio” y no “para perjudicar” y, asimismo, “*perjuicio*” se considera que hace alusión a “perjuicio patrimonial” y no a un perjuicio más amplio, entonces el bien jurídico protegido es el patrimonio de los socios. En este sentido, de una parte, la ambigüedad del legislador al emplear la expresión “*en perjuicio*” parece disiparse si se atiende a la redacción del artículo 292, deduciéndose que, como allí, se exige el resultado lesivo, es decir, un perjuicio efectivo; y de otra, en cuanto al carácter patrimonial del perjuicio, debe reconocerse que la inclusión en los delitos societarios de la expresión

DEL ROSAL BLASCO, “*lo que resulta más convincente es decir que las características típicas configuran al delito del artículo 291 como delito destinado a proteger los intereses patrimoniales de los socios que pueden resultar potencialmente perjudicados por ataques provenientes de conductas consecuencia del ejercicio abusivo de un derecho*”²³⁴. Sin embargo, otra parte de la doctrina, minoritaria, afirma que el bien jurídico que se protege sería el deber de fidelidad o lealtad social de la mayoría hacia la minoría²³⁵. Finalmente, al margen de la opinión de algunos otros autores que apuntan hacia otros bienes jurídicos²³⁶, otros adoptan una postura ecléctica, al entender que el artículo 291

“perjuicio económico” y asimismo, de la interpretación del Tribunal Supremo, tendente a entender cualquier tipo de provecho o ventaja, no sólo de carácter patrimonial, dificultan ceñir la expresión a éste ámbito netamente patrimonial, pudiendo interpretarse que el legislador pretendía una ampliación de los posibles resultados típicos. Por tanto, el bien jurídico será, bien el patrimonio de los socios, o bien, en caso de entenderse que el perjuicio no es sólo patrimonial, el patrimonio y otros intereses sociales de los socios. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 215, entiende que el patrimonio es, como en el resto de delitos societarios, a excepción del artículo 294, el bien jurídico protegido, si bien en esta ocasión concretado en el patrimonio de los socios minoritarios, en tanto que se verá mermado tras la adopción de los acuerdos abusivos de la mayoría. En igual sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia, 1999, pp. 222 y 223, MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 73, ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 727, y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 428.

²³⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 110.

²³⁵ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 273; CONDE- FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 285. También SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit., p. 123, parece referirse a ello cuando afirma que “*la genérica finalidad del precepto..., es sancionar criminalmente una conducta que supone un atentado contra el principio básico de lealtad en las relaciones societarias..., cometido mediante un abuso del poder que se detenta en la sociedad*”.

Expresamente en contra de que el bien jurídico sea el deber de fidelidad de la mayoría con la minoría, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 110, que entiende que al no aparecer explicitado en nuestro Ordenamiento jurídico el deber de fidelidad de la mayoría con la minoría, no es posible que éste conforme el bien jurídico en sentido dogmático; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 215; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 727; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, pp. 94 y 95.

²³⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código penal)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 238, Madrid, 1996, p. 3, a los que hace alusión FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 215, identificaron el bien jurídico con la tutela de los socios perjudicados por el acuerdo, mientras que GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Delitos contra el orden socio económico. Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, pp. 469 y ss., al que también hace referencia

es un delito pluriofensivo, y que como tal extendería su protección tanto a la tutela de los valores de fidelidad y lealtad societarios, como al interés patrimonial de los socios minoritarios²³⁷.

El artículo 292 del Código Penal, que como se ha indicado tipifica la imposición de acuerdos lesivos a través de mayorías ficticias, para la doctrina mayoritaria se trata de un supuesto muy semejante al del artículo 291 y, en este sentido, el bien jurídico estaría constituido para la gran mayoría de los autores por el patrimonio de los socios y, en este caso, también el de la sociedad²³⁸. En este sentido, se trataría de una figura “*tuteladora de los intereses patrimoniales, en este caso, de la propia sociedad o de los socios, que pueden verse afectados por el acuerdo lesivo*”²³⁹. Precisamente este autor pone de relieve cómo el

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 215, lo hizo con el interés social en el correcto funcionamiento de las sociedades.

²³⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 579, o BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 665. Estos últimos manifiestan cómo de una parte, “*la tutela de la minoría o del socio aislado requiere del comportamiento de la mayoría que procure el mantenimiento de la sociedad al servicio del interés común. De ahí puede deducirse que la imposición de los acuerdos abusivos prevaleciéndose de su «situación mayoritaria», lesiona un hipotético deber de fidelidad o lealtad, que implica un decaimiento del principio de mayoría en favor del de igualdad de trato. Pero, al lado del deber de fidelidad o lealtad como objeto de protección jurídica, ha de incluirse también el interés patrimonial del socio, individualmente considerado, frente a posibles maniobras defraudatorias adoptadas por la mayoría de una sociedad*”.

²³⁸ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, pp. 95 y 96. Para este autor, nuevamente la expresión “en perjuicio” debe identificarse como “con perjuicio”, exigiéndose por tanto el resultado lesivo, de tal forma que podría ser entendido como perjuicio patrimonial. FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 462, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 236, también opina que el bien jurídico es el patrimonio individual de los socios y de la sociedad. Sin embargo, como en el caso del artículo 291, entiende que se trata de un delito de peligro concreto en el que no resulta necesaria la lesión del patrimonio. También opinan que el bien jurídico lo constituye el patrimonio de los socios y de la propia sociedad que podrían verse afectados por el acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, entre otros y por citar algunos autores, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 232, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PE) cit.*, p. 236, MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 79, o SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a, “Los Delitos... cit., p. 143.

²³⁹ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 119. Añade el autor que a su juicio estaríamos en presencia de un precepto orientado hacia la tutela del patrimonio social, el cual podría verse perjudicado por el acuerdo lesivo adoptado.

precepto se refiere a la imposición de acuerdos lesivos adoptados en virtud de una mayoría ficticia, que puede haberse obtenido, bien abusando de la firma en blanco, bien mediante la indebida atribución del derecho de voto a quienes carecen del mismo legalmente, bien negando “contra legem” el ejercicio de este derecho, o a través de otro procedimiento semejante. En relación con ello, parece obvio que podrían verse conculcados otros intereses recogidos y protegidos legalmente, como los referidos a los derechos de los accionistas de las sociedades mercantiles, no obstante lo cual no pueden ser por ello tenidos en consideración como bienes jurídicos protegidos por el artículo 292 del Código Penal, máxime si se tiene en cuenta la literalidad del precepto, que será de aplicación “*sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito*”²⁴⁰.

Por el contrario, pocos son los autores que han manifestado la existencia de un bien jurídico distinto del patrimonio de los socios y de la sociedad; así GONZÁLEZ RUS, para quien el bien jurídico lo constituye tanto el correcto funcionamiento de la sociedad como los derechos de los socios²⁴¹, o BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE, para quienes el bien jurídico protegido se extendería a la fe documental, al valor probatorio de los documentos o a los intereses patrimoniales de los socios²⁴².

Como ya se ha indicado en anteriores líneas, el artículo 293 del Código Penal, prevé la lesión de los derechos de los socios, estando constituido el hecho

²⁴⁰ Ibídem., p. 120. En relación con ello, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, pp. 96 y 97, también niega que el delito incluya como bien jurídico objeto de protección el derecho de voto de los accionistas, negándose por tanto que se trate de un delito pluriofensivo. Y de la misma forma, FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 463, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 236, descarta que pueda ser el bien jurídico de protección inmediata el correcto funcionamiento de los órganos sociales, que afectaría tanto a la propia sociedad y sus socios, como a terceros y acreedores, siendo además éste un interés general del mercado.

²⁴¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit.”, pp. 836 y 837.

²⁴² BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho... cit.*, p. 668.

típico por la negación o el impedimento al socio del ejercicio de sus derechos sociales, concretamente y de una parte, por la negación del derecho del socio de obtener información sobre la entidad y de participar en la gestión y control de la misma, así como del derecho de suscripción preferente de acciones, y de otra, por la obstrucción del ejercicio de tales derechos cuando no fue negada su titularidad al socio. En lo que concierne al bien jurídico protegido, para un sector doctrinal el artículo 293 estaría tutelando el patrimonio de los socios²⁴³. Para otro sector de la doctrina, el objetivo del precepto es la protección de los derechos fundamentales de los socios derivado de directivas comunitarias y recogidas por el Derecho mercantil²⁴⁴, de tal forma que existiría un doble objetivo: la

²⁴³ Así RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Los nuevos... cit.*, p. 85, para quien “la denegación o impedimento de los derechos referidos en el artículo 293 del nuevo Código penal es un delito de peligro, si el bien jurídico protegido se considera el patrimonio del socio (de lesión, si tal bien fuera el conjunto de derechos que la ley le otorga), y cuyo ámbito sería exclusivamente el societario en el que «las Leyes» otorguen a sus socios «derechos de información», de «participación en la gestión o control de la actividad social» y/o de «suscripción preferente de acciones»... En principio, pues, este delito parece ubicarse más bien en el ámbito de los propiamente societarios y de peligro...”. En iguales términos el mismo autor, “Lección XXIII. Delitos... cit.”, p. 78. FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 485, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 262, para quien el bien jurídico no es el correcto funcionamiento de los órganos sociales, nuevamente por ser un concepto excesivamente abstracto y poco merecedor por sí de protección por el Derecho penal, lo que a su vez hace pensar que se está en presencia de un bien jurídico “puramente ficticio, tras el cual se halla únicamente el propósito o la finalidad político-criminal pretendida por el legislador”; sería un bien meramente instrumental cuya tutela anticipa la de otro interés final que sí constituye el verdadero bien jurídico, el patrimonio que el socio ha invertido en la sociedad. Sin embargo, el delito se presenta como la tutela de derechos de los socios que en definitiva no son más que infracciones extrapenales que adelantan el momento de la protección de ese patrimonio del socio, sin esperarse por tanto a que dicho patrimonio fuese lesionado, no exigiéndose en tal adelantamiento ni tan siquiera una aptitud de lesividad del patrimonio de los socios, por lo que se configura como un delito de peligro abstracto del patrimonio individual. O FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 257 y 258, para quien efectivamente el bien jurídico protegido es el patrimonio de los socios a través de un adecuado ejercicio de sus derechos, manteniendo que tras la protección del ejercicio de los mismos, subyace el deseo de proteger su patrimonio.

Frente a esta posibilidad, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 106, entre otros, opina que el patrimonio de los socios –el delito es claro que se dirige sólo frente a éstos- no es en esta ocasión el objeto inmediato de protección, pues el delito puede surgir cuando se deniegue o impida el ejercicio del derecho por parte del socio, con independencia de si ello causa o no un perjuicio patrimonial. A pesar de ello, dado que los derechos de los socios suelen salvaguardar intereses de carácter patrimonial, los mismos podrían verse afectados de modo mediato, no obstante lo cual no por ello se considera que el patrimonio de los socios sea el objeto mediato de protección.

²⁴⁴ Sobre este aspecto, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, p. 128, y MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 91.

protección de los intereses y derechos de los socios ajenos al grupo de control, y garantizar el adecuado funcionamiento de las entidades, sus mecanismos de control interno y la formación correcta de la voluntad de la sociedad en atención a su capital social²⁴⁵. Finalmente, algunos autores han apuntado otros posibles bienes jurídicos, los cuales estarían en la línea de lo mantenido por este segundo sector doctrinal, como RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, para quien el bien jurídico es la fidelidad y lealtad de los órganos de administración para con los socios²⁴⁶.

Finalmente, en relación con el artículo 294 del Código Penal, referido a la obstrucción de las labores de inspección o de supervisión, de nuevo la doctrina se muestra dividida en lo que se refiere a la concepción del bien jurídico, viniendo a considerarse por unos la transparencia y claridad que han de tener las sociedades en sus relaciones con las personas o agentes inspectores o supervisores, o dicho de otra manera, como la protección del orden socio-económico en su conjunto, esto es, la regulación jurídica de la participación estatal en la economía del país²⁴⁷; y por otros, en el respeto a las labores de supervisión e inspección de la

²⁴⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 289; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 128; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 81; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos... cit.”, pp. 57 y 58; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit.”, p. 406; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 91; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, pp. 503 y 504; o SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit.”, pp. 157 y 158. Para este autor, a salvo del derecho de suscripción preferente, “*parece claro que el precepto se orienta a la protección del pacífico ejercicio de los llamados derechos políticos del accionista y del ejercicio del derecho de este último a mantener su cuota de participación en la sociedad*”.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...*, p. 106. También SEQUEROS SAZATORONIL, “El alumbramiento... cit.”, p. 1.079.

²⁴⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, pp. 517 y 518, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 318: “*el bien jurídico es la claridad y transparencia que deben observar las sociedades [mercantiles] en sus relaciones con las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, concreción, a su vez, del orden económico entendido en sentido estricto como relación jurídica de la participación estatal en la economía*” (lo que está entre corchetes aparece en la edición de 1996). En el mismo sentido, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 295, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 135, y SEQUEROS SAZATORONIL, “El alumbramiento... cit.”, p. 1.079. También MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 115, para

Administración²⁴⁸. Con independencia de la posición que se sustente, hay acuerdo en la doctrina en señalar que el bien jurídico inmediato de protección no es el patrimonio de la sociedad, socios o terceros^{249 250}.

quien el bien jurídico se concreta en un conjunto de intereses precisamente ascendientes hacia el mismo orden socioeconómico.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, pp. 128 y ss., opina que a través de esta figura se protege “*de forma inmediata la actividad de control de los órganos administrativos que tienen atribuidas facultades supervisoras e inspectoras sobre determinadas sociedades*”, siendo el bien jurídico de carácter administrativo, tutelándose un interés de que es titular la Administración, alejándose por tanto del resto de delitos que componen el Capítulo. En este sentido, no se protegen de forma inmediata, a pesar de que puedan verse afectados, intereses de la sociedad, socios o terceros. Por su parte, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., pp. 197 y 198, concluye que el bien jurídico inmediatamente protegido es precisamente el reforzamiento de las competencias de los órganos administrativos que específicamente tienen por objeto la supervisión e inspección de las entidades mercantiles. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 86, afirma que es objeto de tutela la efectividad de las facultades de control y supervisión de ciertos tipos de sociedades por parte de determinados órganos administrativos y agencias de control.

²⁴⁹ Por citar algunos autores, FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 518, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 319; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 292; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 86; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos... cit., p. 60; o RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 129.

²⁵⁰ En relación con el recientemente suprimido artículo 295 del Código Penal, que contemplaba el supuesto de la administración de la sociedad de forma abusiva o fraudulenta, también en la doctrina se daban varias opiniones en cuanto a la identificación del bien jurídico protegido de forma inmediata. Prácticamente la unanimidad de los autores defendían que el objeto directo de protección era patrimonial (por todos, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La malversación como delito de administración desleal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, p. 128. Por su parte, sobre la consideración de que el delito del artículo 295 del Código Penal era igualmente de carácter económico, vid. MAYO CALDERÓN, B., *La tutela... cit.*, pp. 9 y ss.), concretado en el patrimonio de los socios, los depositantes, los cuentapartícipes o los titulares de bienes, valores o capital administrados por la sociedad (precisamente RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, pp. 101 y 102, ponía de relieve cómo el bien jurídico consistía en el patrimonio de los socios, los depositantes, los cuentapartícipes o los titulares de bienes, valores o capital administrados por la sociedad, siendo dicho patrimonio el “perjuicio económicamente evaluable” causado, expresión que abría nuevamente el debate, al igual que en el artículo 291, en torno a si se refería al patrimonio exclusivamente o a otros intereses de los anteriores sujetos), si bien sólo una parte de la doctrina consideraba que también se incluía en el objeto de protección el patrimonio social, a pesar de que no se dijera expresamente en el precepto (FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 328 y 329. Manifestaba el autor cómo “*no debe ser objeto de discusión que el sentido y la esencia de una figura de administración desleal es la protección del patrimonio... El bien jurídico será el patrimonio social, entendido como el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social... En consecuencia, y pese a la concreta redacción que se ha dado al precepto, el bien jurídico protegido por el art. 295 es el patrimonio*”. DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 139 y 140, consideraba que la opción contraria, esto es, que el patrimonio social no formara parte del objeto de protección inmediata, resultaría ilógico desde la perspectiva político-criminal y no se acomodaría bien a una interpretación sistemática del precepto en sintonía con el resto de delitos societarios. Otros autores a favor de esta postura eran CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 291,

FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 568, LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio...* cit., p. 207, MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos...* cit., p. 335, MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., pp. 129 y 130, y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos...” cit., p. 180. En contra de ello, entre otros, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., p. 101, para quien, sorprendentemente pero a la vista del precepto, ni el patrimonio social ni su seguridad –ni la seguridad del patrimonio de los sujetos citados en el artículo 295-, constituían el objeto directo de protección, sino que el patrimonio de la entidad se configuraba como el instrumento para cometer el delito; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito...* cit., pp. 34 y ss., para quien, además de superarse la gramaticalidad del precepto, se estaría llevando a cabo una extensión forzada del precepto; o NIETO MARTÍN, A., *El delito...* cit., pp. 259 y ss., para quien además de quedar excluido el patrimonio social de la redacción del precepto, resultaba acertado excluir a la sociedad del bien jurídico, en tanto que la tutela de los bienes jurídicos distintos a los intereses patrimoniales de los socios era y es función de los delitos de quiebra) e, igualmente, sólo una parte de los autores admitía que en el bien jurídico quedaran incluidas terceras personas distintas a los citados por el precepto, esto es, trabajadores o acreedores, entre otros posibles sujetos ajenos a la sociedad y los socios (a favor, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 140, para quien, a falta de un tipo general de administración fraudulenta, existía la necesidad de extenderlo a esas terceras personas, y ello a pesar a que fuera discutible técnica y político-criminalmente; GÓMEZ BENITEZ, J.M., *Delitos...* cit., pp. 477 y 478, al que alude DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 140; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito...* cit., pp. 34 y ss.; y NIETO MARTÍN, A., *El delito...* cit., p. 255 y ss. En contra de esta extensión autores como FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., pp. 564 y 565, al decir que no resultaba adecuado una tutela de intereses externos a la entidad, como la de los acreedores, terceros o incluso la economía en general, sino únicamente una tutela interna ceñida esencialmente a la tutela del patrimonio social, evitándose de este modo una inadecuada mezcla de intereses que podrían resultar contrapuestos; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones...* cit., p. 291; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos...” cit., p. 62; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 507; y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad...* cit., p. 124); y algunos otros autores daban un paso más, al considerar que se trataba de un delito mixto, en el sentido de que junto con el patrimonio como bien jurídico, igualmente se estarían protegiendo, esta vez como objetivo de política criminal, bienes de carácter económico, en concreto, la transparencia y el correcto funcionamiento de las sociedades en atención a su papel en la economía de mercado (así MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 129. De acuerdo con esta postura doctrinal, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 561. Opinaba la autora que “con el tipo societario de infidelidad patrimonial se trata también de proteger como objetivo político-criminal (que no como bien jurídico) no sólo el patrimonio de la sociedad y de los demás sujetos pasivos (socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados), de modo anticipado y ampliado respecto a cómo resulta de aplicación de los tipos de la apropiación indebida o de la estafa, sino también la propia transparencia y el buen funcionamiento de la economía de mercado basada en las sociedades, que pueden verse afectados por las diversas repercusiones de una administración social fraudulenta de gran alcance. Es la prosecución de este objetivo lo que hace de la administración fraudulenta un delito mixto patrimonial-económico, aunque no se incorpore a la materia de prohibición”).

Para la generalidad de la doctrina, están excluidos del objeto de protección directa bienes tales como la fidelidad o fiabilidad de la administración de la entidad, al tratarse de una forma de concretarse el ataque contra el patrimonio que en realidad se protegía (DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 139; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., pp. 555 y ss.; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., p. 102).

A modo de conclusión, tras este rápido análisis del bien jurídico protegido en cada uno de los delitos societarios, a tenor de lo puesto de manifiesto por la doctrina penalista, puede afirmarse que no estamos en presencia de un único y común bien jurídico protegido, sino que del estudio de cada artículo puede comprobarse la existencia de un abanico de posibles bienes jurídicos, algunos de ellos de carácter puramente patrimonial y otros netamente económicos o socioeconómicos: en el caso del artículo 290, la doctrina apunta a la fe pública, al derecho a una información social veraz por los distintos sujetos que puedan verse afectados por la actividad societaria que refleje de manera fiel el estado de la entidad, al patrimonio de la sociedad, sus socios o terceros, o la funcionalidad de los documentos contables²⁵¹; en el 291, el patrimonio de los socios, el deber de fidelidad o lealtad social de la mayoría hacia la minoría, la tutela de los socios perjudicados por el acuerdo, o el interés social por el correcto funcionamiento de la sociedades mercantiles; en el 292, el patrimonio de la sociedad y los socios, el correcto funcionamiento de la sociedad y los derechos de los socios, o a la fe documental y al valor probatorio de los documentos; en el 293, la lesión de los derechos de los socios, la obstrucción de su ejercicio, el patrimonio de los socios, o la fidelidad y lealtad de los órganos de administración para con los socios; y en el 294, la transparencia y claridad que han de tener las sociedades en sus relaciones con las personas o agentes inspectores o supervisores, la protección del orden socio-económico en su conjunto, o el respeto a las labores de supervisión e inspección de la Administración²⁵².

Lo anterior justifica que por la doctrina se venga reconociendo con carácter general, al menos “a priori”, una doble dimensión o vertiente protectora

²⁵¹ Como se expondré más adelante, en mi opinión la funcionalidad de los documentos conforma el bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal.

²⁵² En el suprimido 295, se enuncian el patrimonio de los socios, los depositantes, los cuentapartícipes o los titulares de bienes, valores o capital administrados por la sociedad, el patrimonio social, el patrimonio de sujetos ajenos a la sociedad y los socios, o la transparencia y el correcto funcionamiento de las sociedades en atención a su papel en la economía de mercado.

en los delitos del Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal: la que hace referencia al patrimonio y la que se refiere al orden económico. Así por ejemplo MUÑOZ CONDE, al exponer cómo el objeto de protección en los delitos societarios es, además del Derecho de sociedades, en determinados supuestos, el derecho de las personas que se relacionan con las sociedades, al confiar en que tales entidades funcionen de manera acorde a las normas por las que ha de regir sus actividades, encontrándonos –continúa el autor-, en ambos casos, ante intereses patrimoniales privados, circunstancia a pesar de la cual debe entenderse además que, dada la importancia de las propias sociedades, esencialmente las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, los hechos que se tipifican en el Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal, presentan también una dimensión socioeconómica que justifica su consideración como delitos contra el orden socioeconómico²⁵³.

Este catálogo de posibles bienes jurídicos y esta posible doble dimensión protectora que presentarían los delitos societarios, unido al hecho señalado reiteradamente por la doctrina de falta de claridad y acierto del legislador tanto a la hora de ubicar bajo la rúbrica del Título XIII estos delitos, como a la de tipificar en algunos casos los hechos que los componen, permite abiertamente afirmar que no resulta unánime en la doctrina ni la admisión del patrimonio ni la del orden económico o socioeconómico como bien jurídico protegido en los delitos del Título XIII del Código Penal y, por tanto, en los delitos societarios de su Capítulo XIII. En el caso del patrimonio, a pesar de que un sector doctrinal sí

²⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 498. Asimismo, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 828, al afirmar que el hecho de que sea en la empresa donde se producen los hechos punibles *“no significa, sin embargo, que el potencial lesivo de los hechos castigados se agote en el marco societario, sino que tiene una inevitable repercusión en el orden socioeconómico, en la medida que las sociedades constituyen un elemento esencial del sistema económico”*. O MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 17, al decir que, en relación con los delitos societarios, parece que además de lesionarse bienes o intereses jurídicos individuales, conllevan un daño o riesgo para los intereses jurídicos generales de la sociedad.

considera pacífica su admisión como bien jurídico²⁵⁴, otro sector reconoce que se trata de una cuestión controvertida²⁵⁵; y de la misma forma, en el caso del orden económico como bien jurídico protegido en los delitos societarios, también nos hallaríamos ante una cuestión controvertida para algunos autores²⁵⁶, mientras que no para otros²⁵⁷.

En cualquier caso, parece mayoritaria en la doctrina la opinión de que los delitos societarios presentarían un carácter fundamentalmente patrimonial en lo que se refiere al bien jurídico protegido²⁵⁸, a excepción del artículo 294, el cual se trataría para la mayoría de los autores de un delito atentatorio contra el orden socioeconómico entendido como bien jurídico de protección directa²⁵⁹, siendo

²⁵⁴ Para BLANCO LOZANO, C., *Tratado... cit.*, p. 640, el bien jurídico protegido con carácter general en los delitos societarios, es precisamente el patrimonio social y el de los socios, y de igual forma, los derechos que a los mismos son inherentes.

²⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Los delitos... cit.*, p. 632, aluden precisamente a la discusión doctrinal existente en torno al concepto de patrimonio como bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, afirmando cómo la doctrina penal ha adoptado diversas posiciones las cuales, si bien se refieren esencialmente al delito de estafa, sin embargo son válidas para el conjunto de los delitos societarios.

²⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PG) cit.*, p. 171.

²⁵⁷ MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit.”, p. 407, para quien el bien jurídico que se protege en los delitos societarios es, además de la lesión de un patrimonio, el orden socioeconómico, en tanto que la conducta del administrador que actúa irregularmente, daña la confianza de los ciudadanos en relación con su participación en el mercado a través de las sociedades.

²⁵⁸ También así en el caso del suprimido delito societario de administración desleal.

²⁵⁹ Por citar a algunos autores, FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 518, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 319, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 215, BLANCO LOZANO, C., *Tratado... cit.*, p. 640, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho... cit.*, pp. 581 y 582, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit.”, p. 828 o VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos... cit.*, p. 346. En referencia por ejemplo a estos dos últimos autores, GONZÁLEZ RUS, J.J. opina que aparentemente los delitos del Capítulo XIII del Código Penal tomarían en consideración intereses estrictamente de carácter patrimonial, ya de la sociedad, ya de los socios, ya de terceros, lo que debería llevarnos a la conclusión de un predominio de una naturaleza de carácter patrimonial sobre una netamente socioeconómica, circunstancia que además se vería reforzada por la literalidad de los artículos 290 a 295 de la norma Penal (este último suprimido con la reforma de 2015 del Código Penal), a excepción de los hechos previstos en el artículo 294, de cuyo tenor, como se ha dicho en anteriores líneas, se desprendería un sesgo socioeconómico más claro, en la medida en que parece patente que se estarían infringiendo deberes derivados de la intervención del estado en la economía, “lo que constituye la razón de ser del orden económico en sentido propio”. Y VIDALES

ese orden socioeconómico un interés objeto de protección mediata en todas las figuras del Capítulo XIII; y en consecuencia, parece minoritaria la opinión que mantiene que mediante los delitos societarios se estaría produciendo, con carácter general, la protección directa de intereses socioeconómicos supraindividuales, en atención a las consecuencias que los hechos pudieran tener para el sistema económico o de mercado, concretados en el correcto funcionamiento de la entidad mercantil, lo que atañería a la estabilidad y el orden del tráfico o sistema económico en su conjunto²⁶⁰. No obstante lo anterior, lo cierto es que muchos autores apuestan finalmente por una solución ecléctica o intermedia, al entender que muchos de los delitos societarios son en verdad figuras pluriofensivas, incluyéndose por tanto en su objeto directo de protección tanto bienes de naturaleza patrimonial como primordialmente económica o socioeconómica. De cualquier manera, con independencia de la opinión doctrinal por la que se opte, la mayoritaria u otra, lo cierto es que de la misma forma que no habría coincidencia entre el carácter que presentan los bienes jurídicos en estos delitos, tampoco la habría en relación a los bienes jurídicos concretos cuya tutela directa se pretende mediante los mismos, aun a pesar de que tales figuras presentaran esa misma naturaleza patrimonial o socioeconómica, lo que redundaría en la idea ya manifestada de que no estamos en presencia de un único y común bien jurídico protegido en los delitos societarios, sino que del estudio de cada artículo puede deducirse la existencia de un catálogo de posibles bienes jurídicos, algunos de carácter principalmente patrimonial y otros económicos o socioeconómicos.

RODRÍGUEZ, C. expone cómo para la mayoría de la doctrina los delitos societarios lo serían de carácter patrimonial, con la única excepción del previsto en el artículo 294 del Código Penal, no obstante lo cual la ubicación de estos delitos en su mayoría patrimoniales, vendría justificada con base en la dimensión socioeconómica de las sociedades y en el hecho de que la “ratio legis” venga constituida por la preservación del orden económico. MUÑOZ CUESTA, J., “El delito societario de falseamiento de las cuentas de la sociedad en relación con la falsedad documental. Estudio del art. 290 CP. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1084)”, en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 7/2005, Navarra, 2005, pp. 21525 a 21528, para quien a través del artículo 294 se protege el sistema económico establecido.

²⁶⁰ GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, pp. 503 y 504.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL.

2.1. El artículo 290 del Código Penal como delito de falsedad documental.

Teniendo presente lo dicho con carácter general en torno al bien jurídico protegido en los delitos societarios, es hora de abordar con mayor profundidad el objeto concreto de protección en el delito de falsedad contable del primero de los artículos del Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal. Como ya he tenido ocasión de anticipar en líneas anteriores, y sin perjuicio de tratarlo detenidamente más adelante, el párrafo primero del artículo 290 describe como hecho típico el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que hayan reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad o entidad, exigiéndose en todo caso la idoneidad de tal falseamiento, en el sentido de que sea susceptible de producir efectivos perjuicios económicos a la propia entidad, a sus socios o a terceros, de tal forma que resultarían atípicos las falsedades contables que no fueran capaces por sí mismas de producir tales perjuicios.

Este falseamiento, recogido de forma expresa en el citado precepto, ha supuesto, como también se ha anticipado, que la mayoría de la doctrina considere que nos hallamos ante un delito de falsedad documental²⁶¹, opinión compartida

²⁶¹ Entre otros, FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., pp. 35 y ss.; la misma autora, *Los delitos...* cit., pp. 366 y ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, 1996, p. 344; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., pp. 55 y ss.; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos...* cit., p. 269; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., pp. 19 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos...” cit., p. 88; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento...” cit., p. 1.060; o TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., *Derecho...* cit., p. 86.

por buena parte de la doctrina jurisprudencial²⁶², a pesar de lo cual no han faltado voces contrarias a esta idea, razón por la que, con carácter previo, procede justificar si nos encontramos ciertamente o no ante un delito de esta naturaleza, en tanto que la conclusión que se obtenga podría ser importante en orden a la concreción del bien jurídico que de forma directa pretende ser tutelado a través de esta figura delictiva o, en su caso, podría servir de base para su justificación, ya en sentido positivo o negativo; y del mismo modo, podría resultar esencial en el estudio de los elementos de la tipicidad que componen el delito.

Así, contrarios a la opinión mayoritaria de que nos encontramos ante un delito de falsedad documental se manifiestan, entre otros, DEL ROSAL BLASCO²⁶³ o PÉREZ VALERO; para éste último, ciertamente el artículo 290 del Código Penal estaría describiendo una falsedad ideológica cometida por un particular y sobre un documento privado que, como tal, resultaría impune de acuerdo con lo previsto en el artículo 395 del Código Penal. En consecuencia, opina el autor que sólo sería posible entender que el artículo 290 es un delito de falsedad documental, en el caso de que los administradores ostentaran un poder de veracidad en relación a los documentos que confeccionan, semejante al que tienen determinados funcionarios públicos, de tal forma que con su firma el documento adquiriera una presunción de fuerza probatoria “erga omnes”, lo que sin embargo no tiene lugar²⁶⁴. Por tanto –concluye–, siendo impune la falsedad

²⁶² Por citar algunas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de marzo de 2013 (ARP2013\497), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 de marzo de 2010 (ARP 2010\1295).

²⁶³ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 98. Para el autor, técnicamente no estamos en presencia de un delito de falsedad documental, sino que la figura se aproxima más al delito de estafa, “en el que el documento suscrito por el administrador de hecho o de derecho es la prueba del engaño a través del cual se pretende dar imagen errónea de la situación jurídica o económica de la entidad”.

²⁶⁴ PÉREZ VALERO, I., *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Valencia, 2001, pp. 85 y ss.

ideológica realizada por los administradores sobre documentos contables, cuya naturaleza es no pública, parece lógico pensar que el artículo 290 del Código Penal no se trata en realidad de un delito de falsedad documental.

Frente a esta opinión de PÉREZ VALERO, FARALDO CABANA realiza dos consideraciones: de una parte, opina que el delito del artículo 290 no es en realidad únicamente un supuesto de falsedad ideológica, sino que además incluye falsedades materiales²⁶⁵, en concreto, las descritas en el artículo 390.1 del Código Penal²⁶⁶; y de otra parte, afirma que los documentos sobre los que se lleva a cabo

²⁶⁵ FARALDO CABANA, P., *El delito...*, p. 35. Comparten esta opinión CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), CARDENAL MONTRAVETA, S., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., GALLEGOS SOLER, J.I., J.I., GÓMEZ MARTÍN, V. y HORTAL IBARRA, J.C., *Manual práctico de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados*, Valencia, 2004, p. 693. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Delitos societarios”, en *Derecho penal económico*. Manuales de Formación Continuada 14, CGPJ, Madrid, 2002, p. 586. JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos...* cit., p. 23, al afirmar que “*es posible la apreciación de la falsedad de cualquiera de las formas previstas en el artículo 390 ya que una forma esencial de esta falsedad, es precisamente, la de faltar «a la verdad en la narración de los hechos»*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit., p. 2.218. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., “Los Delitos... cit., p. 105. ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 723. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 88, considera, en el mismo sentido, que la falsedad documental del artículo 290, puede ser tanto ideológica como material, si bien admite que la más frecuente será la ideológica. Por su parte, SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit., p. 1.060, afirma que “*quedarían incluidos dentro del ámbito penal las conductas falsarias realizadas por los administradores –en la amplia extensión de su acepción– a través de cualquiera de los modos instrumentales recogidos en el artículo 390.1-1.º, 2.º, 3.º, 4.º, sancionados de manera especial en el artículo 290 CP*”. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 429. Otros autores, sin negar la posibilidad de que los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal puedan ser llevados a cabo a través de las falsedades del artículo 390.1, sin embargo consideran que se tratarían de supuestos aislados. Así por ejemplo MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 20, para quien en la práctica totalidad de las ocasiones, la falsificación de los documentos contables de la sociedad se lleva a cabo ideológicamente, consignando en los citados documentos datos que no tienen correspondencia con la realidad, o lo que es lo mismo, faltando a la verdad en los datos jurídicos o económicos a través de artificios contables consistentes en la ampliación o disminución ficticiamente de las distintas partidas. También en este sentido se pronunció La Fiscalía General del Estado, a través de su Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, reconociendo que en prácticamente la totalidad de las ocasiones, la falsedad de los documentos que han de reflejar la situación económica o jurídica de la entidad tiene lugar a través de la falsedad ideológica (Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, “Alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal”, en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1998, pp. 725 y ss.).

²⁶⁶ A saber: “1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

la falsedad del artículo 290, no se tratan de meros documentos privados, sino de documentos mercantiles con fuerza probatoria que, como tales, desempeñan importantes y esenciales funciones en el tráfico jurídico, entre las que figura “*la de servir como cauce de información clara y veraz acerca de la situación económica y jurídica de la entidad a socios y terceros interesados*”²⁶⁷.

En relación con la primera de las cuestiones, esto es, la posibilidad de que el delito del artículo 290 pueda tener lugar no sólo a través de la falsedad ideológica, sino igualmente por medio de las falsedades materiales del artículo 390.1 del Código Penal, FARALDO CABANA²⁶⁸ considera que ello es así en tanto que no se excluye expresamente en el delito societario ninguna de estas falsedades materiales, como por el contrario sí sucede en el caso de los artículos 392.1 y 395, en los que expresamente excepciona la falsedad ideológica del artículo 390.1.4º como posible forma de comisión de la falsedad documental, respectivamente, en documento público, oficial y mercantil, y en documento privado. En igual sentido, entre otros autores que se muestran también a favor de la posibilidad de que el delito del artículo 290 pueda tener lugar a través de las falsedades materiales genéricas del artículo 390.1²⁶⁹, GOMÉZ BENÍTEZ considera, de una parte, que falsificar o falsear un documento consiste precisamente en llevar a cabo sobre el mismo alguna de las acciones descritas en el mentado precepto, y de otra parte, que la no aplicación de alguna de estas

Extensamente sobre los criterios diferenciadores entre la falsedad material y la falsedad ideológica, véase CASAS BARQUERO, E., *El delito de falsedad en documento privado*, Barcelona, 1984, pp. 10 y ss.

²⁶⁷ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 35.

²⁶⁸ Ibídem., p. 35.

²⁶⁹ Vid. cita núm. 265. También la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado a favor de la posibilidad de que la falsedad de los documentos sociales pueda tener lugar a través de cualquiera de las formas del artículo 390, al entender que el verbo “falsear” comprende cualquiera de dichas formas (Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, “Alcance... cit., pp. 725 y ss.).

modalidades requiere la expresa excepción, como en el caso de los artículos 392 y 395²⁷⁰.

Sin embargo, contrariamente, para algunos autores no es posible que los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, puedan llevarse a cabo a través de las formas contenidas en el artículo 390.1.1º, 2º y 3º. Así, en el caso de los dos primeros ordinales del citado artículo, esto es, en los supuestos en los que se requiere, respectivamente, la alteración de los documentos auténticos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial y la simulación del documento no auténtico en todo o en parte, de tal forma que induzca a error sobre su autenticidad, DEL ROSAL BLASCO²⁷¹ afirma que, teniendo en cuenta la naturaleza de los documentos a los que alude el artículo 290 del Código Penal y la función que tienen en relación con el reflejo de la situación jurídica o económica de la entidad, no parece posible que los hechos descritos en el mencionado precepto puedan llevarse a cabo a través de estas falsedades materiales, puesto que sólo son elementos esenciales de los documentos mercantiles²⁷² las declaraciones realizadas –que no su contenido- y la identidad de la persona que las asume como propias a través de su firma u análoga forma que permita su identificación²⁷³, y en relación con ello, “*la falsificación de dichos*

²⁷⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Delitos... cit., p. 586.

²⁷¹ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 96 y ss., apoyándose en su exposición en BACIGALUPO ZAPATER, E.

²⁷² DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 97 y ss. considera que efectivamente nos encontramos ante documentos de naturaleza mercantil.

²⁷³ Sobre los elementos esenciales de los documentos vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madrid, 2007, pp. 87 y ss. Plantea BACIGALUPO ZAPATER, E., cómo se trata de una cuestión especialmente relevante en el caso del artículo 390 del Código Penal, dado que la alteración del documento sólo será típica cuando afecte a uno de sus elementos esenciales, debiendo entenderse por tales todos los elementos cuya alteración afecte a alguna de las funciones del documento, a saber: la función perpetuadora, esto es, la “*fijación material de las manifestaciones del pensamiento*”; la función probatoria o “*adecuación para producir prueba*”; y la función garantizadora, “*posibilitar el conocimiento del autor de las manifestaciones*”.

*elementos esenciales se concreta en la atribución de una declaración manifestada por quien no la ha hecho”, lo que no encaja en el artículo 290 “porque no es típica la conducta de un extraño que le atribuye al administrador manifestaciones no hechas por él, como tampoco es típica la conducta de un extraño que <<fabrica>> un documento no atribuible al administrador”*²⁷⁴. Y BACIGALUPO ZAPATER²⁷⁵ opina que la falsedad descrita en el artículo 390.1.3º, esto es, suponer la intervención en un acto de personas que no lo han hecho, o atribuir a las personas que sí han intervenido en el acto declaraciones o manifestaciones distintas de las que hubieran hecho, únicamente sería posible cuando quien emite el documento genera una prueba acerca de la participación de

Para el autor, la primera de las funciones, la “*función de perpetuación*”, se vería comprometida esencialmente cuando el documento fuera destruido o deteriorado, mientras que la tercera, la “*función garantizadora*”, quedaría dañada en los casos de falsificación de la firma o cuando lo manifestado en un documento auténtico se atribuye a la persona que no lo hizo.

Por su parte, la segunda de las funciones, la “*función probatoria*”, resultaría afectada cuando la modificación del documento tuviera su repercusión en lo que, a través del mismo, debiera y pudiera probarse, adquiriendo por ello especial relevancia la fijación de qué es aquello que el documento prueba: en el caso de los documentos públicos, ex artículo 1.218 del Código Civil, será, aún contra terceros, el hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, haciendo prueba asimismo contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros; y en el caso de los documentos privados, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.225 y 1.227 de la citada norma civil, tendrán la misma fuerza probatoria que la escritura pública entre los que los hubieren suscrito y sus causahabientes, pero no sus respectivas fechas frente a terceros.

Lo anterior permite concluir, según BACIGALUPO ZAPATER, E., que los elementos esenciales en los documentos públicos son las declaraciones de las partes, expresadas a través de los mismos (si bien no el contenido de tales manifestaciones), la fecha en la que dichas declaraciones fueron realizadas y la persona al que se le atribuyen y responde de ellas. Y, del mismo modo, que los elementos esenciales de los documentos privados son las declaraciones de las partes expresadas en los mismos, si bien no sus contenidos, y la identidad de la persona que las asume a través de su firma o cualquier otra forma que le permita identificarse. Consecuencia de ello es que sólo la alteración de los elementos esenciales señalados, podría dar lugar a una acción típica en el sentido del artículo 390.1.1º y 2º del Código Penal.

Sobre la función de los documentos, especialmente la probatoria, vid. también, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., “Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español”, en Muñoz Conde (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Falsedad y defraudaciones, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 85 y ss.

²⁷⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 97.

²⁷⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad... cit.*, pp. 82 y ss. Compartiendo dicha opinión DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 96 y ss.

una persona o sobre las declaraciones realizadas ante él, como sería el caso del notario, lo que sin embargo no es predicable en el caso de los particulares, por cuanto el documento que se genera sólo hará prueba entre las personas que lo hubiesen suscrito, de acuerdo con la previsión que sobre los documentos privados hace el artículo 1.225 del Código Civil²⁷⁶, pudiendo acreditar frente a terceros únicamente la participación de sus firmantes.

En relación con todo lo anterior, en lo que respecta en su conjunto a las cuatro formas genéricas de comisión de las falsedades documentales del artículo 390.1, incluyendo por tanto el faltar a la verdad en la narración de los hechos, y la posibilidad de que los hechos contenidos en el artículo 290 puedan tener lugar bajo cualquiera de ellas, lo cierto es que, desde un punto de vista sistemático-legal, si se atiende a las exclusiones recogidas en los artículos 392.1 y 395, debería entenderse que la falsificación contable del administrador de hecho o de derecho en las entidades mercantiles, efectivamente podría ser cometida bajo cualquiera de esas cuatro formas genéricas, ya que, a diferencia de lo que sucede en los citados artículos 392.1 y 395, en el caso del delito societario objeto de estudio no se produce la expresa exclusión de ninguna de las modalidades del 390.1, y ello con independencia o al margen de lo que se opine desde el plano dogmático, en el sentido de si técnicamente es más o menos sencillo, probable o posible la producción de los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal en las formas señaladas en los tres primeros números del tantas veces citado artículo 390.1. En relación con esta cuestión sistemática, el hecho cierto es que las opiniones doctrinales mayoritarias se concentran en dos posiciones que, en la práctica, resultan cercanas entre sí: mientras que una parte de los autores

²⁷⁶ Código Civil:

“Artículo 1.225.

El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre quienes lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”.

considera que los hechos del artículo 290 sólo pueden tener lugar a través de la falsedad ideológica, el otro sector o grupo de autores opina que, aun siendo posible que los hechos del artículo 290 del Código Penal puedan tener lugar a través de cualquiera de las cuatro formas previstas en el artículo 390.1, sin embargo la realidad –y así lo admiten- es que en la inmensa mayoría de las ocasiones –por no decir que prácticamente en todas las ocasiones- tienen lugar a través de una falsedad ideológica y no a través del resto de falsedades materiales previstas en el citado precepto²⁷⁷.

Por el contrario, desde un punto de vista dogmático, y en relación con la función de los documentos²⁷⁸, en concreto con su función probatoria, en mi opinión es posible que los hechos descritos en el artículo 290 puedan producirse mediante las formas materiales previstas en el artículo 390.1.1º y 2º de la norma penal sustantiva, y a través de la forma ideológica del ordinal 3º del citado precepto²⁷⁹. En el caso de la falsedad “*alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial*” o “*simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”, siguiendo el orden argumental de BACIGALUPO ZAPATER²⁸⁰, con quien termino discrepando en este punto, debe partirse de la necesaria existencia de un

²⁷⁷ Vid. cita núm. 265 y 273.

²⁷⁸ Como ya he indicado en anteriores líneas, la falsedad ha de recaer sobre algún extremo esencial del documento, pudiendo afirmarse que se altera esa esencialidad en el mismo cuando la acción recae sobre alguna de sus funciones, ya la de perpetuidad, ya la de garantía o ya la probatoria. Así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 685.

²⁷⁹ Existen algunos pronunciamientos judiciales que han manifestado en torno a esta cuestión, que sí es posible que la falsedad del artículo 290 del Código Penal, tenga lugar a través de cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 390.1. Vid., por ejemplo, ya citadas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de marzo de 2013 (ARP2013\497), o la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896). O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 de marzo de 2010 (ARP 2010\1295), al señalar que “*El concepto de falsear debe interpretarse en relación con los cuatro supuestos de falsificación del artículo 390.1 del Código Penal*”.

²⁸⁰ Vid. cita núm. 273.

documento auténtico, el cual es posteriormente alterado en alguno de sus elementos esenciales, o directamente de la figuración de un documento que no es auténtico pero cuya simulación afecta a alguno de los elementos esenciales de los documentos²⁸¹, lo que en el caso de los mercantiles, como documentos privados, efectivamente tiene lugar en las declaraciones que incluyen o en la autoría de las mismas²⁸², pasando en ese momento a ser un documento no auténtico; dicho lo anterior, para el mencionado autor, así como para DEL ROSAL BLASCO²⁸³, entre otros, el contenido de las declaraciones de las partes expresadas en estos documentos privados, no son sin embargo elementos esenciales de los mismos, y ello en virtud de lo previsto en los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil²⁸⁴, de tal forma que no podrán dar lugar a una acción típica en el sentido del artículo 390.1.1º y 2º del Código Penal, ya que el contenido del artículo 290 no se refiere ni al hecho de alterar las declaraciones de los documentos contables, ni a su autoría, sino que describe el actuar del administrador de hecho o de derecho que deja de reflejar en los citados documentos contables la situación real de la entidad, afectando por tanto a su contenido, como se dice por estos autores, elemento no esencial de estos documentos.

²⁸¹ Por todos JAÉN VALLEJO, M., “Las falsedades documentales”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.) y VV.AA., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1.009, señalando que el documento será auténtico “cuando la manifestación contenida en él pertenece al sujeto que lo emite, es decir, cuando la declaración del pensamiento se le puede atribuir a dicho sujeto aunque no sea verdad lo expresado”, mientras que será inauténtico, “si lo que se hace, por ejemplo, es añadir varios ceros a la cifra adeudada, o se atribuye la manifestación de pago a otra persona... porque entonces la declaración de voluntad ya no se corresponderá con lo que consta en el documento”.

²⁸² Vid. cita núm. 273. También DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 97.

²⁸³ *Ibídem*.

²⁸⁴ Vid. cita núm. 276.

Código Civil:

“Artículo 1.227.

La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día que hubiese sido incorporado inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”.

Pues bien, aun pudiendo admitirse que en virtud de los mencionados artículos del Código Civil, el contenido de las declaraciones recogidas en el documento no constituyen un elemento esencial de los documentos privados, olvidan los autores que apoyan esta tesis el singular papel probatorio que tiene el Registro Mercantil en relación con los documentos de publicidad obligatoria, en el sentido de que los documentos que necesariamente han de ser registrados, generan una legítima expectativa de veracidad precisamente en atención a la función del Registro Mercantil como consecuencia de la relevancia de ciertos documentos mercantiles en el tráfico jurídico y el correcto funcionamiento de la economía de mercado.

Por consiguiente, puede afirmarse que el contenido de las declaraciones obrantes en los documentos privados de carácter mercantil que han de ser inscritos en el mentado Registro, sí constituyen un elemento esencial relacionado con la función probatoria de los documentos, no como consecuencia de lo previsto en los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil, sino en atención a la función que tiene el Registro Mercantil. Y dado que el artículo 290 del Código Penal se refiere a la alteración del contenido de los documentos contables o jurídicos que han de mostrar la situación real de la entidad, que serán precisamente aquellos que tienen acceso al Registro Mercantil, debe concluirse que la acción típica de este delito societario puede tener lugar a través de las falsedades materiales genéricas del artículo 390.1. 1º y 2º de la norma penal sustantiva.

En el caso de la falsedad genérica del artículo 390.1.3º, *“suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que*

hubieran hecho”, aun cuando no faltaría razón a BACIGALUPO ZAPATER²⁸⁵ cuando afirma que no resultaría encuadrable en la falsedad contable del artículo 290, pues únicamente sería posible cuando quien generara el documento hiciera con ello prueba sobre la participación de las personas o sobre las declaraciones que hubieran realizado ante él, lo que no tiene lugar en el supuesto de particulares, entre los que se incluyen los administradores, sin embargo tampoco en esta ocasión repara en la función probatoria que cumple el Registro Mercantil en relación con ciertos documentos jurídicos y contables, en concreto, aquellos cuya inscripción y publicidad resulta obligatoria y que generan una legítima expectativa de veracidad, de tal forma que al inscribirse sí se estaría haciendo prueba acerca de la participación de las personas o sobre las declaraciones que hubieran realizado ante el autor del documento, el administrador. Y ello con independencia de que el hecho de hacer constar ficticiamente la intervención en un acto de determinadas personas que no lo hicieron (como hacer figurar la existencia de una Junta que no tuvo lugar o la asistencia de alguien ausente en la misma), o hacer una atribución inexacta a las personas que sí intervinieron, sea en opinión de algunos autores²⁸⁶ perfectamente encuadrable en el ordinal 4º del artículo 390.1, ya que a resultas el administrador de hecho o de derecho estaría faltando a la verdad en la narración de los hechos.

Finalmente, la falsedad cometida “*faltando a la verdad en la narración de los hechos*”, parece encajar adecuadamente con la descripción del artículo 290 del Código Penal, entendiendo que el término “falsear” contenido en el mismo, se refiere a la acción de “*mentir*”²⁸⁷, esto es, “*alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el*

²⁸⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad... cit.*, pp. 82 y ss.

²⁸⁶ Así lo entiende DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 97.

²⁸⁷ *Ibidem.*, p. 99.

administrador de hecho o de derecho”²⁸⁸, lo que puede tener lugar además de por la inclusión de datos inexactos o que no se correspondan con la realidad económica o jurídica de la entidad, por la mera supresión u ocultación de información que sí la refleje fielmente²⁸⁹.

Distinto es en el caso de los autores que consideran que el delito del artículo 290 no se trata en realidad de una falsedad documental. Para DEL ROSAL BLASCO²⁹⁰, el hecho del falseamiento de los datos en los documentos contables, no hace que los mismos sean documentos falsos, ya que por sí mismos no tienen la capacidad de probar la veracidad de lo declarado en ellos. Contrariamente, para otros autores como GONZÁLEZ RUS los documentos serán falsos “*cuando contengan datos que no se correspondan con la realidad económica o jurídica de la sociedad*”²⁹¹. En mi opinión, debe admitirse que el hecho de faltar a la verdad en la narración de los hechos en relación con los documentos contables, constituye una forma de falsedad documental perfectamente identificable con la forma genérica prevista en el artículo 390.1.4º del Código Penal, el cual precisamente califica de acción falsaria el no reflejarse la realidad –la “*verdad*”– en cualquier tipo de documento público u oficial. En este sentido, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ PANTOJA²⁹², “*la falsedad ideológica a lo que esencialmente afecta precisamente, es a la <<veracidad>> que*

²⁸⁸ Ibídem., p. 99.

²⁸⁹ Así GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades documentales*, Valencia, 1994, p. 315, al decir que “*el apartado 4º (faltando a la verdad en la narración de los hechos) puede abarcar el supuesto de supresión u ocultamiento, como modalidades de alteración del documento auténtico, ya que puede ocultarse a la verdad ocultándola o suprimiendo datos de significativa importancia para el sentido probatorio del documento, único aspecto, en base al cual, podría admitirse este caso como constitutivo de ilícito penal*”. La misma autora, *Falsedades Documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia, 1997, pp. 114 y ss.

²⁹⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 99. Vid. cita núm. 263.

²⁹¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., “*Delitos... cit.*”, p. 832.

²⁹² FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, pp. 206 y 207.

cabe predicar del documento”, configurándose como requisito inicial “la existencia del soporte sobre el que se comete esta forma de falsedad, que deberá de revestir los caracteres de autenticidad o legitimidad, e igualmente sobre el que se comete el atentado a la veracidad mediante la consignación de hechos, circunstancias, declaraciones o manifestaciones falsas, las cuales habrán de recaer, al igual que en el resto de las modalidades, sobre las partes esenciales del mismo, produciendo de ese modo la transformación del documento verdadero en falso y, por tanto, susceptible de afectar o causar trastornos al tráfico jurídico”.

Por tanto, por lo que respecta al debate sobre si nos hallamos en el caso del artículo 290 del Código Penal ante un delito de falsedad documental, me uno a la mayoría de la doctrina al considerar que así es. Y en correspondencia con ello, así como con la opinión relativa a que en la inmensa mayoría de los supuestos, los hechos descritos en el artículo 290 tendrán lugar a través de la falsedad ideológica; el artículo 290 se trata de una excepción a la impunidad de la falsedad ideológica cometida por un particular prevista en el artículo 392.1²⁹³, lo que como se verá, resulta plenamente justificado en atención al desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo o incluso en atención a razones de política criminal²⁹⁴; como dice FARALDO CABANA, la función de

²⁹³ Así, por todos, FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 15. Como justificaré a continuación, opino que los documentos contables a los que se refiere el artículo 290 del Código Penal encajan en el concepto de documento mercantil del artículo 392.1 y no en el de documento privado del 395.

²⁹⁴ Dice MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho... (PE, 2013) cit.*, pp. 501) que mediante al artículo 290 “se trata de castigar el falseamiento de documentos que por su propia naturaleza tienen el carácter de «mercantiles», por lo que sería suficiente para su castigo con lo dispuesto en el art. 392. Sin embargo, en este precepto no se incluye la modalidad contenida en el núm. 4º del art. 390,1, la falsedad ideológica «faltando a la verdad en la narración de los hechos». Es decir, que a no ser por la previsión expresa contenida en el art. 290, en relación con los documentos mercantiles y privados (cfr. Arts. 392 y 395), la simple documentación de datos falsos en las cuentas anuales de la sociedad que den una idea errónea de su situación, económica (por ej., inscribiendo partidas falsas en el activo, o no poniendo en el pasivo deudas reales) o jurídica (dependencia de otra sociedad, relaciones con terceros, etc.), quedaría impune, por atípica. Pero la trascendencia de estos datos tanto para la misma sociedad, como para los socios o terceros, obliga a tipificar expresamente este hecho”.

servir de medio para que se tenga un conocimiento certero de la situación real económica y jurídica de la entidad por parte de los socios y terceros interesados, *“merece la tutela penal ante el destacado papel que ocupan las sociedades mercantiles en la economía de mercado”*²⁹⁵. En cualquier caso, no puede olvidarse que a los efectos del delito societario objeto de estudio, no resulta suficiente cualquier inexactitud o falta de veracidad en los documentos que hayan de reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, sino que será preciso que tal circunstancia sea idónea para causar un perjuicio económico a la propia sociedad, los socios o terceros.

No obstante, como se dice, aun siendo cuestionable para un sector de la doctrina desde un punto de vista dogmático, que los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal puedan tener lugar a través de las falsedades materiales e ideológicas contenidas en el artículo 390.1.1º, 2º y 3º, además de no compartir dicha opinión por los motivos expresados en líneas anteriores, tampoco puede obviarse cómo el legislador no ha excluido expresamente, en relación con el artículo 290, ninguna de las citadas falsedades genéricas, como por el contrario sí ha hecho en el caso de los artículos 392.1 y 395, por lo que debe entenderse que, desde el punto de vista estrictamente sistemático-legal, sí resultaría posible que la falsedad contable pudiera realizarse a través de cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 390.1. Distinto es que los hechos del artículo 290 tengan lugar generalmente a través de la falsedad ideológica descrita en el ordinal 4º del mencionado artículo 390.1, configurándose en este sentido el delito societario como una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por el particular.

En cuanto a la cuestión relativa a la naturaleza de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsedad del artículo 290, en contra de lo manifestado

²⁹⁵ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 35.

por PÉREZ VALERO²⁹⁶, no considero que se traten de meros documentos privados, sino de documentos mercantiles con fuerza probatoria que, efectivamente, desempeñan importantes funciones en el tráfico jurídico²⁹⁷. Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ PANTOJA²⁹⁸, nos hallamos ante una clase de documentos privados que la ley penal ha atribuido un rango especial, precisamente en atención a la relevancia que para el tráfico jurídico tiene la falsificación de los documentos contables de las entidades mercantiles, de tal forma que para conseguir una efectiva protección de los mismos, el legislador ha llevado a cabo una equiparación de estos documentos a los de carácter público y oficial, distinguiéndolos expresamente del resto de documentos de carácter o naturaleza privada, e incluso del resto de los mercantiles.

Precisamente a favor de esta especial relevancia que poseen los documentos mercantiles en relación con el tráfico jurídico, considero que deben tenerse en cuenta tres cuestiones: la primera de ellas es el contenido del artículo 31 del Código de Comercio²⁹⁹, el cual pone de relieve cómo los libros de los empresarios y demás documentos contables poseen valor probatorio, de tal suerte que aun admitiéndose que los administradores no ostentan un poder de veracidad en relación con los documentos que confeccionan, semejante al que sí tienen determinados funcionarios públicos, y que por lo tanto el contenido del documento no adquiere una presunción de fuerza probatoria “erga omnes” con motivo de su firma, sin embargo el propio Ordenamiento mercantil parte de la premisa de que ciertos documentos que confeccionan los administradores de las

²⁹⁶ PÉREZ VALERO, I., *El delito...* cit., pp. 85 y ss.

²⁹⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 97 y ss. FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 35. MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 501).

²⁹⁸ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito...* cit., pp. 173 y ss.

²⁹⁹ “El valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho”.

sociedades, poseen valor probatorio en sí mismos³⁰⁰ y no por quien los firma, precisamente en atención a la importancia que de la información que contienen se deriva para el tráfico jurídico³⁰¹; la segunda lo es el hecho de la obligatoriedad de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada (artículo 25.1 del Código de Comercio³⁰²), así como la obligación de la publicación de las cuentas anuales³⁰³ de las sociedades en el Registro Mercantil, conforme a lo previsto en el artículo 365 de su Reglamento, junto con otra serie de datos relativos a su organización y funcionamiento³⁰⁴; contabilidad ordenada y publicación cuya finalidad es precisamente dar a conocer la situación real de la empresa desde el punto de vista económico y jurídico, tanto a los socios como a terceros ajenos a la entidad; y la tercera es la función que en este sentido tienen dichos documentos y, de igual modo, el propio Registro Mercantil, entendido como

³⁰⁰ También en este sentido FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 35, al referirse a la fuerza probatoria de los libros de los empresarios en orden a acreditar la situación contable de las entidades.

³⁰¹ En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 132, afirma que “la garantía de la seguridad del tráfico mediante el empleo del documento debe fundarse en una cualidad que lo distinga y lo convierta en imprescindible para el desarrollo del tráfico jurídico y, precisamente, esa propiedad es su valor probatorio”. Vid. también la misma autora, *Falsedades documentales... cit.*, pp. 33 y ss.

³⁰² Código de Comercio:

“Artículo 25:

1. Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas Anuales y otro Diario.

2. ...”.

³⁰³ Como ya indiqué al referirme a los documentos contables de las sociedades mercantiles, las cuentas anuales muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Las mismas se acompañan de la memoria, que completa, amplía y comenta el contenido de las cuentas anuales, y asimismo, del informe de gestión, que recoge una exposición fiel de la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, describiendo igualmente los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. Vid. los artículos 25 y ss. del Código de Comercio y 253 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital.

³⁰⁴ En relación con ello, debe tenerse en cuenta que las sociedades mercantiles son, como se tendrá ocasión de exponer más adelante, los principales entornos escenarios en los que tienen lugar los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal.

instrumento de publicidad que permite que lleguen al público en general determinados datos considerados esenciales para el tráfico jurídico y el funcionamiento del mercado³⁰⁵.

Aun siendo cierto que los administradores son sujetos privados o, “a sensu contrario”, no son autoridad o funcionario público y que, por tanto, no hacen prueba con su firma del contenido de los documentos contables de la entidad, la función que ostentan dichos documentos y el valor probatorio que “per se” se les ha otorgado como consecuencia de la relevancia que tienen para el tráfico jurídico, unido a la obligación de su publicación en el Registro Mercantil y a la función que éste cumple, permite justificar la diferenciación que de los mismos hace el legislador con respecto al resto de documentos privados, y del mismo modo, permite justificar un tratamiento diferenciado, lo que habilita para interpretar u opinar que efectivamente nos hallamos ante una excepción frente a la impunidad de la falsedad ideológica cometida por un particular sobre documento mercantil contenido en el artículo 392.1 del Código Penal.

En relación con ello, el hecho de que el artículo 392.1 excluya la falsedad ideológica como modalidad, implica que el artículo 290 sea, además, una excepción en el tratamiento de los documentos mercantiles, acercándolos en este supuesto en particular al tratamiento que se proporciona a los documentos públicos y oficiales en el artículo 390 de la norma penal.

³⁰⁵ En este sentido, RUIZ DE VELASCO, A., *Manual... cit.*, p. 148, advierte que “la publicidad es el medio idóneo para llevar a la práctica el principio de «transparencia de mercado», que significa que todo el mundo pueda tener los medios de conocer ciertos aspectos de las empresas con las que se relaciona, las personas que la gestionan, la realidad de los productos que fabrican o de los servicios que ofrecen y la situación económica por la que atraviesan”. Sobre el principio de transparencia en el Derecho mercantil y en relación con el Registro Mercantil, vid., entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, Navarra, 2014, pp. 615 y ss.; o DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M., “Tema 8. Publicidad legal: Registro Mercantil y Registro de Bienes Muebles”, en De la Cuesta Rute (dir.), Valpuesta Gastaminza, Torribia Chalmeta y Llorente Gómez de Segura (coords.), *Derecho Mercantil I*, Barcelona, 2014, pp. 219 y ss.

2.2. Análisis del bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal.

Partiendo por tanto de la idea mayoritaria en la doctrina de que efectivamente los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal constituyen un delito de falsedad documental³⁰⁶, y que en mi opinión, al menos en el plano dogmático, no se concreta exclusivamente en una excepción a la impunidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares en relación con documentos de carácter mercantil, sino que el mismo es posible que tenga lugar a través del resto de formas contenidas en el artículo 390.1, si bien, como insistiré más adelante, será difícil en la práctica, cabe preguntarse en primer término si como consecuencia de ello, el bien jurídico que se protege a través de dicha figura societaria es el mismo que en las falsedades documentales del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal. En este sentido, rechazo en este momento profundizar en la identificación o fijación del bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental, dado que, como pone de manifiesto FARALDO CABANA, *“la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental no es un tema pacífico en la Ciencia penal”*³⁰⁷, de tal forma que opto por analizar a estos efectos, la posición de una mayoría de autores, que se inclinan por señalar que el bien que se protege de forma directa en las falsedades documentales es la fe pública, la seguridad en el tráfico jurídico y/o el

³⁰⁶ Vid. cita núm. 265.

³⁰⁷ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 36; GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades...*, p. 45, y *Falsedades documentales... cit.*, p. 21, añade además que, en relación con la fijación del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, nos encontramos ante *“uno de los temas que más se ha pasado por alto, en el ámbito de esta discusión doctrinal”*. En opinión de SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “Lección 44^a. Los delitos de falsedad documental”, en Álvarez García (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, p. 1485, frente a esa falta de consenso en la doctrina y análisis de la cuestión, *“la actual inclusión de un concepto legal de documento en los términos previstos en el art. 26 del CP, ha facilitado que se haya impuesto mayoritariamente la idea de que el bien tutelado no sólo es la función probatoria del documento, sino, más ampliamente, la seguridad del tráfico jurídico..., toda vez que el documento queda legalmente definido, además de por su eficacia probatoria, por «cualquier otro tipo de relevancia jurídica»”*.

valor probatorio que se atribuye a los documentos en general³⁰⁸, sin entrar por tanto a valorar otras opiniones minoritarias que apuntan a otros posibles bienes jurídicos en las falsedades documentales³⁰⁹, con excepción al interés consistente

³⁰⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, Madrid, 1999, p. 3, hace referencia a la seguridad en el tráfico jurídico o la fe pública; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, pp. 32 y ss., analiza las corrientes clásicas en la doctrina sobre el bien jurídico protegido en el caso de falsedad en documento público, oficial y mercantil, refiriéndose en este sentido a la fe pública, el valor probatorio de los documentos y la seguridad del tráfico jurídico; GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, pp. 45 y ss., 75 y 119 (vid. también de la autora de referencia, *Falsedades documentales... cit.*, pp. 23 y ss.), expone cómo las hipótesis iniciales sobre el bien jurídico en el delito de falsedad documental han sido en la doctrina, primeramente, “*el derecho a la verdad*” y, posteriormente, la “*fe pública*” y “*la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico*”, destacando la autora cómo se acepta por la práctica totalidad de la doctrina la fe pública como bien jurídico en los delitos de falsedad documental. Concluye la citada autora afirmando cómo “*la seguridad del tráfico, la fe pública o el valor probatorio del documento constituyen los tres ejes clásicos en torno a los que la doctrina ha intentado dar respuesta a este interrogante*”; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 249, hacen referencia a la fe pública y al valor probatorio que se atribuye a los documentos; MORILLAS CUEVA, L., *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 1996, p. 226, considera que nos encontramos ante un objeto de protección pluriofensivo, “*en el que se tutelan los intereses generales aglutinados por la seguridad del tráfico jurídico como concreción de la fe pública depositada en el valor probatorio de los documentos*”; y SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 769, opina que el bien jurídico es múltiple, por lo que propone como fórmula intermedia considerar que se trata de “*la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico*”, en la misma línea que lo hizo RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho penal español. Parte especial*, Valladolid, 1966, p. 787, al decir en referencia al bien jurídico que “*... direcciones intermedias son aquellas que hablan de una ataque a la discutida publica fides..., o contra la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico... Ésta última parece la más aceptable...*”.

³⁰⁹ Sí creo en este momento merecedor de comentario, por cuanto ha sido entendido por la doctrina como el inmediato antecedente de la fe pública, el llamado “derecho a la verdad” como posible interés jurídico de inmediata protección en las falsedades documentales. En este sentido, el derecho a la verdad ha sido rechazado por la mayoría de los autores. GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 75, y *Falsedades documentales... cit.*, p. 27, expone cómo en relación con tal derecho, se ha constatado una ausencia de sustancialidad que permita asentar sobre una teoría del derecho a la verdad el objeto de protección en los delitos de falsedad. Más extensamente se ha referido a ello FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p. 73, cuya opinión comparto, al afirmar que “*no resulta admisible, en cuanto bien jurídico protegido, la propuesta de un derecho a la verdad por las propias necesidades y fines que ha de cumplir el Derecho penal, e igualmente, por la absoluta subjetividad de lo que ello implica, es decir, se rechaza la efectiva existencia de una verdad que no sería otra cosa que aquella que fuera «impuesta» para garantizar una cierta igualdad de las leyes penales, y mucho menos, un derecho que acoja esa verdad, ya que, en último extremo, sería el derecho de quien acuerda que una determinada señal, instrumento, declaración o cualquier otra cosa se le atribuya la categoría de «verdadero», término por lo demás, nada claro y objetivo, absolutamente relativo y repleto de gran contenido moral. Estas características para nada responden a una concepción actual de objeto jurídico tutelado por el ordenamiento penal*”.

en la funcionalidad de los documentos³¹⁰, posible bien jurídico al cual sí haré referencia.

2.2.1. La fe pública:

En correspondencia con ello, comenzando con la fe pública como posible bien jurídico³¹¹, como se ha tenido ocasión de indicar en líneas anteriores, mientras que algunos autores consideran que el objeto inmediato de protección en el caso del artículo 290 del Código Penal es la fe pública³¹², sin embargo, otra parte de la doctrina desecha esta posibilidad, esencialmente por tratarse de un bien en exceso abstracto o inespecífico³¹³. Cabe pues preguntarse en primer término, qué es la fe pública.

Por la doctrina se reconoce no resultar sencillo dar respuesta a esta cuestión³¹⁴, teniendo en cuenta la abstracción o vaguedad del término, lo que

³¹⁰ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 134, y *Falsedades documentales... cit.*, p. 43.

³¹¹ Acerca del concepto de “fe pública”, y su origen en la doctrina italiana, vid. ampliamente FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, pp. 37 y ss., y GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, pp. 70 y ss., y *Falsedades documentales... cit.*, pp. 28 y ss.

³¹² Entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 502; o COBO DEL ROSAL, M., “Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 56, Madrid, 1995, p. 439, si bien entendiendo que los delitos de falsedad documental son de carácter complejo y que como tal, podrían encuadrarse dentro de los denominados pluriofensivos, de tal forma que junto a la fe pública podrían protegerse directamente otros intereses singulares; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 249; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit.”, p. 66.

³¹³ BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito... cit.*, p. 3; el mismo, *Falsedad... cit.*, p.16; FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 367, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 116; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 165; GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 93; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 660, aunque no lo rechaza, al menos en relación con el artículo 290, sin embargo reconoce que es un bien jurídico amplio y difuso.

³¹⁴ Por todos, FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p. 38.

como se acaba de indicar, ha sido la principal causa de rechazo por buena parte de los autores para su consideración como bien jurídico protegido, al menos en el primero de los delitos societarios, y ello pese a haberse tratado de buscar otros criterios que permitieran delimitar con mayor precisión un bien jurídico vinculado con la fe pública, entendida en todo caso como el interés merecedor de protección penal³¹⁵. Por tanto, para poder opinar acerca de la configuración de la fe pública como posible bien jurídico, resulta imprescindible acercarse a su significado y, en este sentido, no cabe duda que la fe pública viene relacionada con la confianza o veracidad, y en concreto, las que deben depositarse por los ciudadanos en determinados instrumentos, instituciones, actos o incluso datos, de tal forma que ello permita el desenvolvimiento de los individuos en la sociedad y su necesaria convivencia. Dicho más extensamente y en palabras de GARCÍA CANTIZANO, resulta irrefutable que la sociedad y la vida en comunidad, precisan en aras al mantenimiento de un nivel de comunicación entre sus miembros y sus órganos de representación, *“que los ciudadanos confíen en la efectiva realidad de la apariencia que muestran los instrumentos que sirven en sus relaciones”*, subyaciendo una *“necesidad de una cierta seguridad de la colectividad en la efectividad de la simbiosis entre apariencia y realidad, confianza que recae entre determinados objetos y formas con una especial significación dentro del tráfico jurídico”*, de tal forma que *“el sujeto confía en la legitimidad y en la autenticidad de las formas, las cuales generan su confianza como consecuencia de la materialización de la fe pública que se realiza por medio de la costumbre”*³¹⁶. Y en este último sentido, *“la labor del legislador se limita a dar un respaldo legal a algo ya preexistente en la vida colectiva”*³¹⁷.

³¹⁵ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 76.

³¹⁶ *Ibidem.*, p. 76.

³¹⁷ *Ibidem.*, p. 86.

Dicho lo anterior, dos son las tendencias doctrinales que se distinguen en torno al concepto de fe pública, una minoritaria, que estrictamente la identifica con el ejercicio de una determinada potestad estatal, y otra mayoritaria, consistente más ampliamente en la confianza que prestan los ciudadanos a ciertas formas y objetos con especial protagonismo en las relaciones sociales que se producen en el tráfico jurídico³¹⁸. En cuanto a la primera, se ciñe exclusivamente al ámbito de la actuación notarial y de los documentos públicos, lo que reduciría el bien jurídico “fe pública” en los delitos de falsedad documental a un interés estatal, concretado en el ejercicio de la labor de autenticar documentos por determinados funcionarios, con su consiguiente minusvaloración en su reflejo en las relaciones sociales en las que sin embargo se desenvuelve³¹⁹. Y en cuanto a la segunda, precisamente esa confianza de los ciudadanos hacia determinadas formas y objetos, de la que se presume su veracidad, o incluso la instrumentalización jurídica de éstos como origen de la citada confianza y veracidad, configuraría el núcleo del bien jurídico protegido “fe pública”, lo que se ve confirmado con la función que se otorga a los documentos en el tráfico jurídico, toda vez que a través de los mismos se llevan a efecto las relaciones jurídicas nacidas o creadas precisamente sobre la base de las manifestaciones hechas constar en los mismos, que en este sentido podrán hacer prueba de dichas relaciones, de sus protagonistas y de sus respectivos contenidos, habiendo sido tal la importancia adquirida en este sentido por los documentos en el ámbito de las relaciones sociales, que la doctrina ha venido refiriéndose a una “fe pública documental” a los efectos de describir la forma en que se lleva a cabo la

³¹⁸ Ibídem., pp. 76 y 77. La misma, *Falsedades documentales... cit.*, pp. 28 y 29.

³¹⁹ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 81, y *Falsedades documentales... cit.*, p. 29. Este concepto estricto de fe pública encajaría con la definición dada, por ejemplo, por GÓMEZ DE LIANO, F., *Diccionario jurídico*, Oviedo, 1996, p. 151, para quien la fe pública se define como la “confianza, veracidad, atribuida a diversos funcionarios (notarios, secretarios judiciales, cónsules...), sobre hechos, actos y contratos en los que intervienen”.

confianza de los ciudadanos sobre la funcionalidad de los documentos³²⁰, cuya veracidad se presume. Por tanto, y yendo un poco más allá en vía interpretativa, el bien jurídico “fe pública” objeto de protección estaría concretado en la confianza que se deposita en la veracidad de los datos económicos y/o jurídicos que se publican de la entidad, y en la confianza de que tales documentos económicos y/o jurídicos reflejen de manera fiel el verdadero estado de la entidad³²¹.

Entendida la fe pública en este último sentido amplio, como bien jurídico objeto de protección directa en los delitos de falsedad documental, como se ha dicho, existe una corriente doctrinal que la mantiene como el interés inmediato de protección también en el caso de la falsedad contable del artículo 290 del Código Penal; en este caso, la protección de la fe pública tendría lugar a través de la salvaguarda de la confianza de los socios y terceros acerca de la veracidad que se presume de los documentos contables de la entidad encargados de dar una imagen de su estado jurídico y económico, lo que, en mi opinión, ciertamente resulta impreciso y difuso, como abiertamente ha manifestado buena parte de la doctrina³²². No estoy por tanto de acuerdo con la opinión de autores como MUÑOZ CONDE³²³, para quien el bien jurídico que directamente se protege es

³²⁰ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 88, y *Falsedades documentales... cit.*, p. 30.

³²¹ Para BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Los delitos... cit.*, p. 658, se constata de este modo una naturaleza mixta, al llevarse a cabo de forma simultánea una protección individual de los accionistas y una colectiva de la sociedad.

³²² FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 367, y *Los delitos... (2015) cit.*, pp. 116 y ss.; la misma autora, *El delito... cit.*, pp. 37 y ss.; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91.

³²³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 502. En relación con dicha confianza y como parte igualmente integrante de la fe pública en atención a lo expuesto, SEQUEROS SAZATORNIL, F. enuncia como objeto de protección en el artículo 290 del Código Penal, la veracidad de la información social, “El alumbramiento... cit.”, p. 66. También MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 19, hace referencia a cómo a través del delito de falsedad contable viene a protegerse la necesaria veracidad de los datos contenidos en los documentos, e igualmente MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 246 y 249, hacen hincapié en la

“la confianza de los socios en que la documentación manejada por los administradores refleje correctamente la situación económica y jurídica de la sociedad...” y *“...la confianza de los terceros, especialmente de los acreedores que puedan relacionarse con la sociedad confiando en que los datos documentales reflejen exactamente su situación”*, pues, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, todo delito conlleva una lesión de la confianza depositada por los ciudadanos en determinadas normas³²⁴, lo que no supone que dicha confianza deba constituir el bien jurídico objeto de protección, sino que parece lógico pensar que existirán otros intereses jurídicos más específicos que la fe pública y la veracidad esperada, merecedores de la protección directa por parte del Ordenamiento penal, a través de las distintas figuras delictivas, y así en el caso de la falsedad contable del artículo 290 de la norma penal sustantiva. Lo contrario podría suponer anticipar excesivamente la intervención del Derecho penal en la tutela de esos otros intereses que pudieran verse inquietados como consecuencia de la falsedad contable que lleve a cabo por el administrador de hecho o de derecho³²⁵. Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta además que el sujeto activo del delito no pretende lesionar la confianza y

importancia veracidad de los datos para el orden social y económico, defendiendo el deber de veracidad en los documentos publicitables de las sociedades como bien jurídico, los cuales deben mostrar una imagen fiel de la entidad. En relación con ello, consideran estos autores que el artículo 290 se trata de una especialidad de las falsedades documentales del artículo 390, la cual se basa, de una parte, en la identidad del bien jurídico protegido en aquel delito y en éstos, y de otra, en un plus de la fe pública y del valor probatorio atribuidos a los documentos en general.

³²⁴ Opina RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91, que *“esta caracterización del bien jurídico relativa a la fe pública es... demasiado inespecífica... Debe recordarse en este punto que todo delito lesiona la confianza social en la vigencia de ciertas reglas...”*.

³²⁵ Por lo que respecta a la posible anticipación de la tutela de otros intereses distintos a la fe pública, FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 37, opina en igual sentido, que *“elevar la fe pública o sus diversas especificaciones a la categoría de bien jurídico autónomo equivalente a tutelar de forma anticipada los intereses individuales puestos en peligro por la conducta falsaria”*. Es cierto que la anticipación de la tutela de los intereses o bienes jurídicos se produce de manera general en los delitos de peligro –como en el caso del apartado primero del artículo 290–, no obstante lo cual ello es coherente cuando se predica precisamente la protección directa de tales bienes jurídicos cuya protección se anticipa, lo que no se corresponde con una protección directa de la fe pública en detrimento de los mismos.

veracidad esperada de los documentos, sino que responde a otra finalidad concreta³²⁶, circunstancia que, para autores como FARALDO CABANA, ha sido la causa del nacimiento de teorías sobre un bien jurídico pluriofensivo en las falsedades documentales, en tanto que se ha constatado de manera empírica cómo “*el autor no dirige su acción a ofender la fe pública, sino que la ofende por un propósito ulterior que aparece como verdadero objetivo de su actividad criminal*”³²⁷.

Consecuentemente con todo ello, opino que la fe pública no puede configurar el objeto jurídico de protección directa en el caso de la falsedad contable del artículo 290 del Código Penal, ciertamente por resultar un interés excesivamente general e inespecífico, lo que no significa que no pueda ser apreciado como uno de los intereses merecedores de una protección mediata a través del delito objeto de estudio³²⁸.

2.2.2. La seguridad en el tráfico jurídico:

Para la generalidad de la doctrina, la seguridad en el tráfico jurídico³²⁹ se concibe como una parte de la fe pública, o al menos como una concreción de la

³²⁶ Sabido es que los delitos de falsedad son, en su mayoría, instrumentos para la consecución de otra finalidad y para la comisión de delitos.

³²⁷ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 37.

³²⁸ Así FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 367, y *Los delitos... (2015) cit.*, pp. 116 y 117, para quien la fe pública puede a lo sumo admitirse como un bien o interés mediato.

³²⁹ Sobre la seguridad en el tráfico jurídico y sus orígenes en la doctrina alemana, vid. ampliamente FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, pp. 63 y ss., y GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, pp. 98 y ss., y *Falsedades documentales... cit.*, p. 33 y ss. A favor de que la misma constituya el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, se han mostrado autores como RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho...*, p. 787, FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, pp. 75 y ss., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, pp. 659 y ss. y SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 769.

misma o uno de sus posibles aspectos³³⁰. Sobre este particular, GARCÍA CANTIZANO afirma que de la misma forma que “*los partidarios de la fe pública analizaban la significación del documento partiendo de una idea general y abstracta concretada en la confianza del público hacia el mismo, una evolución posterior de esta misma tesis lleva a considerar que, en realidad, la confianza general en el documento no es más que el producto del auténtico papel que éste desempeña en el ámbito del tráfico jurídico; esto es, el ser un instrumento de aseguramiento de obligaciones y derechos*”³³¹.

Por “tráfico jurídico” se entiende el conjunto de condiciones tendentes a facilitar la comunicación entre los individuos y sus relaciones jurídicas³³². Teniendo presente esta idea, la construcción de la seguridad en el tráfico jurídico como interés merecedor de protección inmediata por parte del Derecho penal, se ha llevado a cabo sobre la base de la importancia que los documentos tienen como cauce para el establecimiento y desarrollo de las relaciones jurídicas; y en este sentido, se han planteado por la doctrina distintas justificaciones o interpretaciones³³³.

³³⁰ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito...*, p. 50; MORILLAS CUEVA, L., *Curso... cit.*, p. 226.

³³¹ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 98. Para la autora de referencia, ibídem., p. 101, “*el concepto de fe pública queda superado, pues, por un concepto con aparentes connotaciones distintas, de carácter menos abstracto y más concreto en los que se refiere a su contenido, relacionado directamente con las consecuencias perjudiciales que la falsificación de un medio básico de difusión y de constatación de relaciones jurídicas, como es el documento, puede provocar en el desenvolvimiento normal de tales relaciones*”.

³³² ROMERO SOTO, L.E., *La falsedad documental conforme al nuevo Código Penal*, Colombia, 1982, p. 26, y BARRERA DOMÍNGUEZ, H., *Delitos contra la fe pública*, Bogotá, 1986, p. 3; a los que hace referencia FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p. 63.

³³³ Para la exposición de las posibilidades puestas de manifiesto por la doctrina, en orden a la justificación de la seguridad en el tráfico jurídico como interés inmediatamente protegido por el Derecho penal, he tomado de referencia a GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, pp. 102 y ss., y *Falsedades documentales... cit.*, pp. 36 y ss.

Así, en primer lugar, se ha afirmado que habida cuenta de la importancia del documento como instrumento de aseguramiento de las relaciones jurídicas, en atención a la confianza depositada en él por parte de los ciudadanos, se hace imprescindible facilitar su libre funcionamiento, al igual que el de otros instrumentos que han sido merecedores de la misma confianza, de tal forma que por ello la seguridad en el tráfico jurídico se convierte en interés fundamental a proteger, en tanto que el documento sirve *“para el desenvolvimiento ágil y eficaz del tráfico jurídico”*³³⁴. De este modo, la tipificación de la falsedad documental estaría justificada por la necesidad de preservar la seguridad del tráfico, en tanto que será en el mismo donde el documento desplegará sus efectos, tanto en orden a la materialización de las manifestaciones que contiene, como en lo relativo a garantizar tanto la responsabilidad por tales declaraciones como su contenido, teniendo siempre presente la confianza depositada por la colectividad en el citado instrumento.

En segundo lugar, igualmente se ha planteado por la doctrina cómo la falsedad documental alteraría el funcionamiento del tráfico jurídico, al afectar, de una parte, a la seguridad que supone la existencia de las obligaciones contraídas por los sujetos, y de otra, a la identificación de un responsable frente a terceros. De este modo, cuando la acción falsaria se pone en relación con el documento, teniendo en cuenta que éste es un instrumento esencial del tráfico jurídico en el que los ciudadanos han depositado su confianza, de donde se desprende la seguridad y fiabilidad de autenticidad de las declaraciones en él contenidas, la falsedad *“adquiere un especial desvalor, concretado en un abuso de la confianza en la autenticidad de la declaración dada en la forma documental”*³³⁵. En relación con ello, la seguridad en el tráfico jurídico se lograría, bien gracias a que

³³⁴ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 101.

³³⁵ *Ibídem.*, p. 102.

el documento constituye un medio probatorio, bien a que gracias al mismo se obtiene la seguridad del procedimiento probatorio.

Finalmente, la doctrina ha puesto de manifiesto, como tercera posibilidad interpretativa en orden a justificar que la seguridad en el tráfico jurídico se erige como interés de directa protección, la veracidad de lo declarado en el documento, de tal forma que la falsificación consistirá precisamente en un ataque contra la veracidad de dicho instrumento. Ello se explica en la necesidad de que las relaciones económicas y jurídicas se desarrollen con normalidad, de tal forma que las declaraciones contenidas en los documentos puedan ser imputadas a determinadas personas, que serán las responsables de su contenido. Sin embargo, un ataque contra esa autenticidad del documento, no hace sino dañar su contenido y/o la identificación de sus responsables, de tal forma que interfiere en la seguridad en el tráfico jurídico, en el que el documento es un elemento esencial para las relaciones jurídicas.

En relación con esta tercera posibilidad, BUSTOS RAMÍREZ³³⁶ identifica la autenticidad del documento con la idea de “veracidad jurídica”, entendida como una de las notas características de los documentos gracias a la cual se logra dotar de validez jurídica su contenido, de tal forma que el ataque a la autenticidad del documento, lo es contra la apariencia que se deduce del mismo. Y dado que dicha característica, como pone de manifiesto GARCÍA CANTIZANO³³⁷, sólo sería predicable de los documentos de carácter público, en tanto que a los documentos privados no parece que pueda extenderse ese deber de verdad jurídica, esta circunstancia sirve para distinguir, y así BUSTOS RAMÍREZ, la falsedad documental de los supuestos atípicos de falsedad ideológica.

³³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1991, pp. 337 y ss.

³³⁷ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 106.

Dicho lo anterior, y antes de hacer una valoración acerca de la seguridad del tráfico jurídico como bien inmediatamente protegido, llama la atención la forma en que algunos partidarios y detractores defienden sus respectivas posiciones en torno a esta cuestión³³⁸, al manifestar abiertamente cómo quienes opinan lo contrario que ellos, en realidad no son capaces de justificar su discrepancia. Así por ejemplo, por seguir con dos de los autores que han servido de hilo conductor para la construcción del presente apartado, por un lado FERNÁNDEZ PANTOJA, que se muestra a favor del citado bien jurídico, tras afirmar que mediante las conductas falsarias –especialmente en el caso de la falsedad documental- efectivamente se produce la *“lesión o puesta en peligro de la seguridad y garantías que integran el tráfico jurídico”*, que es lo que en puridad se ve perturbado³³⁹, añade cómo los detractores de la seguridad del tráfico jurídico como bien inmediatamente protegido, o bien presentan una predisposición negativa hacia la corriente sistemática origen de esta concepción, en la que se exige el uso del elemento falsificado, o bien una incapacidad para justificar las razones por las que debe rechazarse a la seguridad en tráfico como bien jurídico³⁴⁰. Y por otro lado, GARCÍA CANTIZANO, opuesta a la idea de la seguridad en el tráfico jurídico como bien jurídico de protección directa, opina que *“generalmente, los autores que defienden la seguridad del tráfico jurídico, son incapaces de fundamentar por sí sola tal interpretación, por ello se ven obligados a recurrir a las distintas funciones o características del documento, a*

³³⁸ Normalmente, al margen de otras valoraciones críticas.

³³⁹ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p.68. Afirma la autora frente a la opinión de los autores que consideran que la seguridad en el tráfico jurídico se trataría de un término excesivamente general, que *“lo fundamental es que aun cuando se afirme la objetiva protección de un determinado valor al que pueda serle reprochada la generalidad del mismo, siempre y cuando se preste a una concretización acertada –que, por lo demás, en algunas ocasiones ofrece resultados bastante satisfactorios desde el punto de vista de lege ferenda-, puede efectivamente erigirse en «bien jurídico protegido».* De ello es susceptible el mantenimiento de la *«seguridad del tráfico jurídico»*, pero no lo es la denominada *«fe pública»*”.

³⁴⁰ *Ibidem.*, p. 67.

modo de complemento de su argumentación. Tal punto de apoyo ha sido la configuración del documento como medio de prueba o como medio de constatación de las responsabilidades de relevancia jurídica”³⁴¹.

Hecha la anterior apreciación, lo cierto es que la seguridad del tráfico jurídico parece, primeramente, un concepto abstracto o general, aun a pesar de considerarlo como una concreción de la fe pública. De hecho, un nutrido número de autores, con los que me muestro de acuerdo, así lo considera, al afirmar que nos encontramos ante un término impreciso y genérico³⁴². Sólo alguna Sentencia aislada se ha referido a este bien jurídico protegido en el artículo 290, y lo ha hecho con igual vaguedad e imprecisión, al hacer referencia simplemente “*al tráfico mercantil*”³⁴³. Sin embargo, de otra parte, en la línea argumental de GARCÍA CANTIZANO³⁴⁴, si se atiende al contenido de los artículos 390 y siguientes del Código Penal, lo cierto es que la seguridad del tráfico jurídico quedaría reducida al ámbito mercantil y fiduciario, según nos encontráramos ante documentos mercantiles o públicos³⁴⁵, debiendo desecharse al menos, en mi opinión, a diferencia que en los anteriores tipos de documentos, la idea de que los

³⁴¹ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 108, y *Falsedades documentales... cit.*, pp. 35 y 36. Para la citada autora, con ello se oculta el auténtico bien jurídico en los delitos de falsedad documental, que para algunos autores será precisamente el valor probatorio del documento y para otros la asunción de responsabilidades jurídicas a través del documento.

³⁴² Por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito... cit.*, p. 3. Entiende el autor que la noción de seguridad en el tráfico jurídico, al igual que la fe pública, requieren ser precisadas, ya que de lo contrario “*carecen de toda capacidad operativa*”. En semejantes términos el citado autor, *Falsedad...*, p.16, al opinar que “*la fe pública o la seguridad del tráfico jurídico son conceptos muy vagos y generales que requieren una precisión*”.

³⁴³ Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008\59536).

³⁴⁴ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 109, y *Falsedades documentales... cit.*, p. 36.

³⁴⁵ *Ibíd.*, p. 109, se refiere precisamente a ello, al decir que “*el concepto global de seguridad del tráfico jurídico queda reducido al de seguridad del tráfico fiduciario, del tráfico-mercantil-comercial o el rigor cambiario, según que la falsificación recaiga sobre documento público o mercantil*”.

de carácter privado puedan quedar dentro de la esfera del tráfico jurídico por sí, de forma desligada de su valor probatorio y/o funcional entre las partes o particulares que lo suscriben, circunstancia que precisamente desvirtúa que la seguridad del tráfico jurídico se configure en estos supuestos como bien inmediato, toda vez que éste se concretaría precisamente, ya en su valor probatorio, ya en su papel o función³⁴⁶. Pero de otra parte, debe además añadirse en tercer lugar, que la exclusión de los documentos privados del ámbito de un bien jurídico consistente en la seguridad del tráfico jurídico, trae como consecuencia que sólo una parte del mismo pueda configurar, en su caso, el objeto directo de protección, de tal forma que difícilmente podrá mantenerse que la seguridad del tráfico jurídico en su conjunto y sin mayor concreción, configure el bien jurídico inmediatamente protegido en los delitos de falsedad documental.

A las anteriores objeciones debe añadirse finalmente en cuarto lugar, que asiste la razón nuevamente a GARCÍA CANTIZANO, cuando afirma que los autores que defienden la seguridad del tráfico como bien jurídico recurren en apoyo de sus posiciones, a las diferentes funciones o características de los documentos³⁴⁷. En este sentido, se recurre a las funciones y características del documento cuando se afirma que será en el tráfico jurídico donde el documento desplegará sus efectos, tanto en orden a la materialización de las manifestaciones que contiene, como en lo relativo a garantizar tanto la responsabilidad por tales declaraciones como su contenido, teniendo siempre presente la confianza depositada por la colectividad en el citado instrumento; cuando se dice que la seguridad en el tráfico jurídico se lograría, bien gracias a que el documento constituye un medio probatorio, bien a que gracias al mismo se obtiene la seguridad del procedimiento probatorio; y asimismo cuando se mantiene que un ataque contra la autenticidad del documento, no hace sino dañar su contenido y/o

³⁴⁶ Ibídem., p. 109.

³⁴⁷ Ibídem., p. 108.

la identificación de sus responsables, de tal forma que interfiere en la seguridad en el tráfico jurídico, en el que el documento es un elemento esencial para las relaciones jurídicas.

Y todo ello sin que, en mi opinión, se esté negando que mediante la falsedad documental pueda estarse perturbando la seguridad del tráfico jurídico, o al menos alguna parte del mismo, pero no por ello se puede afirmar que dicha perturbación se produzca de forma directa, sino más bien mediata, pudiendo en consecuencia admitirse que la seguridad en el tráfico jurídico podría constituir uno de los bienes jurídicos objetos de protección mediata en los delitos de falsedad documental.

2.2.3. El valor probatorio de los documentos:

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que el bien jurídico que se tutele de forma inmediata en los delitos de falsedad documental sea el valor probatorio que se atribuye a los documentos, para el sector de la doctrina que así lo entiende, lo que viene a protegerse, concretamente, es el valor que tienen los documentos como medio de prueba, documentos cuyo contenido se presume veraz y auténtico³⁴⁸. En este sentido, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ PANTOJA, al exponer la opinión de BINDING, “*genuidad y autenticidad, constituyen la integridad de la prueba*”³⁴⁹, la cual se constituirá como bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental, siendo la falsedad, en

³⁴⁸ Sobre el origen de esta teoría en la doctrina alemana y, en concreto, en BINDING, K., a quien se le atribuye su autoría, vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito...*, pp. 54 y ss., y GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, pp. 111 y ss., y *Falsedades documentales... cit.*, pp. 37 y ss.

³⁴⁹ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p. 54. En igual sentido MORILLAS CUEVA, L., *Curso... cit.*, p. 209.

consecuencia, “*toda maniobra susceptible de anularla o alterarla*”³⁵⁰. Y es que, el valor del documento como instrumento, sólo será valorable en atención a la mayor o menor carga probatoria que aporte respecto de las relaciones jurídicas³⁵¹.

Según la teoría de BINDING³⁵², es interés de las personas que forman parte de una relación o negocio jurídico, poder documentarlo, precisamente en orden a estar en condiciones de acreditar, en el ámbito del Derecho procesal, tanto su existencia como su contenido, a fin de proteger sus intereses recíprocamente y frente a terceros ajenos a la relación jurídica o negocial, siendo los medios de prueba, en consecuencia, aquellos que sirven para afirmar la verdad, y los documentos, concretamente, un medio probatorio caracterizado por dos aspectos, por su contenido y por su declarante. Partiendo de la distinción entre la falsificación de un documento auténtico y la elaboración de un documento falso, el núcleo del delito de falsedad documental consistirá en la realización de un medio de prueba falso, donde no es posible la prohibición de manipular los medios probatorios, concluyendo el citado autor que “*la pureza obtenida mediante la autenticidad y la veracidad del medio de prueba en el proceso probatorio constituye el bien jurídico atacado*”. En palabras de GARCÍA CANTIZANO, “*para BINDING, la falsedad documental contiene una puesta en peligro o un ataque directo del contenido de la prueba en la que consiste el documento, y, al mismo tiempo, puede suponer una lesión de la autenticidad documental, la cual está al servicio de la verdad del medio probatorio documental, fin último al que está destinado el procedimiento de*

³⁵⁰ BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Parte Especial*, Tomo II, Leipzig, 1902, p. 115, citado por QUINTANO RIPOLLÉS, A., en *La falsedad documental*, Madrid, 1952, p. 79, y éste a su vez por FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p. 54.

³⁵¹ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 111.

³⁵² BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Parte Especial*, Tomo II, Leipzig, 1904, pp. 111 y ss., citado por GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, pp. 111 y ss. También en *Falsedades documentales... cit.*, p. 38.

prueba en el proceso, y, por consiguiente, la misma tipificación de la falsedad documental”³⁵³.

La evolución doctrinal de esta teoría preconizada por BINDING, la aleja del ámbito estrictamente procesal, para centrarla en la idea del documento como medio a través del cual comprobar la realidad, abriéndose paso un concepto penal de documento y con ello, un ámbito de protección por esta parte del Ordenamiento distinto del procesal, desplazándose con ello el bien jurídico desde una concepción directamente relacionada con el documento como medio de prueba, hacia el interés probatorio documental³⁵⁴.

Algunos autores de nuestra doctrina opinan que a través del delito de falsedad documental se estaría otorgando protección directa, aunque no exclusiva, al valor probatorio de los documentos. En este sentido, en relación con la doctrina moderna, como afirma MORILLAS CUEVA³⁵⁵, no es sencillo encontrar autores que defiendan el valor probatorio de los documentos como único bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad documental, advirtiéndose cómo la doctrina que sí considera que a través de dichas figuras se proteja el citado valor probatorio, tiende efectivamente a su contextualización dentro de un conjunto de bienes jurídicos de inmediata protección. Así, entre otros autores que se posicionan en esta línea de pluriofensividad se sitúa QUERALT JIMÉNEZ³⁵⁶, quien sostiene que efectivamente uno de los objetos de protección directa de la falsedad documental reside en la confianza de la sociedad en determinadas

³⁵³ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 113.

³⁵⁴ *Ibídem.*, p. 114.

³⁵⁵ MORILLAS CUEVA, L., *Curso... cit.*, p. 209.

³⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho... cit.*, p. 368. Asimismo, en alusión a los documentos privados, QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la falsedad en documento privado”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 75, núm. 1, Barcelona, 1976, pp. 38 y ss., y CASAS BARQUERO, E., *El delito... cit.*, 1984, pp. 120 y ss.

relaciones, debiendo garantizarse que la realidad esté plenamente identificada en los instrumentos que la representan. En opinión de MORILLAS CUEVA, lo que el anterior autor entiende en verdad protegido, es la capacidad probatoria de determinados instrumentos, entre ellos los documentos³⁵⁷.

MUÑOZ CONDE, quien como se ha indicado se muestra partidario de la seguridad del tráfico jurídico como bien jurídico protegido en las falsedades documentales, sin embargo no obvia que los objetos materiales sobre los que recae la acción falsaria, en este caso los documentos, “*son signos que engendran esa apariencia de realidad*”, y si bien la confección o alteración ilegítima de los mismos supone un ataque contra esa seguridad del tráfico, así como contra la fe pública, por cuanto gozan de crédito público, precisamente por este aspecto son igualmente “*medios probatorios de la realidad que representan*”³⁵⁸.

Dicho lo anterior, resulta obligado concluir si efectivamente los documentos constituyen un medio de prueba. En este sentido, el hecho cierto es que con independencia de su configuración o no como bien jurídico directamente protegido en los delitos de falsedad documental, ya como único bien, ya como uno de entre varios, es actualmente aceptado por la generalidad de los autores que los documentos sí son un instrumento probatorio, no sólo en el ámbito del derecho procesal, como contextualizaba BINDING, sino incluso al margen del Derecho. De este modo lo expresa, entre otros, GARCÍA CANTIZANO³⁵⁹, al

³⁵⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Curso... cit.*, p. 209.

³⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 660. Matiza el autor que esta tesis será admisible, “*siempre que no se confundan los medios de prueba en sentido amplio con los medios de prueba admisibles en un proceso, pues de aceptarse esta última interpretación habría que restringir el ámbito de las falsedades a aquellas que recaen sobre los medios de prueba legalmente admisibles en el proceso (por ej., el documento público), lo que ni dogmáticamente ni desde un punto de vista político-criminal es acertado, porque, entre otras razones, el delito que ataca a uno de los medios de prueba fundamentales en el proceso, el falso testimonio, se configura como delito contra la Administración de Justicia y no como un delito contra la fe pública, que es un bien jurídico mucho más amplio y difuso*”.

³⁵⁹ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 115.

decir que ello es así gracias a las características de garantía y perpetuidad que acompañan al documento, e igualmente al exponer cómo las relaciones jurídicas que se documentan se valen de un instrumento seguro y eficaz que permite reconocer a su autor o, al menos, la existencia y contenido de obligaciones jurídicas. Sin embargo, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ PANTOJA³⁶⁰, no todo documento tiene capacidad probatoria, como sucede por ejemplo en el caso de los documentos nulos, a pesar de lo cual sí es posible llevar a cabo sobre los mismos una acción falsaria, de tal forma que el valor probatorio de los documentos no podría constituir el bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad documental, sin que sea admisible una confusión entre bien jurídico y medio comisivo.

En relación con esto último, que podría ser entendido “a priori” como uno de los motivos de desestimación del valor probatorio de los documentos como principal objeto de protección en los delitos de falsedad documental, en mi opinión no es válido como argumento o al menos, resulta más que cuestionable. Sin perjuicio de que este aspecto merecería obviamente un mayor estudio, y dejando al margen el debate acerca de si es relevante o no a efectos penales una posible acción falsaria cometida sobre un documento declarado nulo, frente a la apariencia de que un documento nulo no puede servir, tal y como expone FERNÁNDEZ PANTOJA, para probar ni la identidad de su declarante ni el contenido de su declaración, lo cierto es que esta imposibilidad probatoria no residiría tanto en ser una característica propia y necesaria de los documentos nulos, sino en el hecho de que la incapacidad probatoria de este tipo de documento estaría relacionada precisamente con los efectos de tal declaración, que no es otro que la inexistencia misma del documento en atención a “su

³⁶⁰ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, pp. 62 y 63.

absoluta carencia de efectos ab initio”³⁶¹, de acuerdo con la previsión general del artículo 6.3 del Código Civil sobre nulidad³⁶², de tal forma que un documento, antes de ser declarado nulo, sí reuniría capacidad probatoria, como cualquier otro, con la extensión y efectos de que se trate según el tipo de documento, pero una vez hecha tal declaración, el efecto de la misma será la de su no existencia o carencia de efectos desde el inicio, no siendo posible en consecuencia mantener que un documento nulo existe pero carece de efectos probatorios, sino que sencillamente habrá de admitirse que tal documento no existe conforme a Derecho. En este sentido, aunque los documentos nulos lo son de pleno Derecho de manera imprescriptible, sin embargo requieren de un previo descubrimiento y, dependiendo del tipo de nulidad de que se trate, ya absoluta, ya relativa, será precisa su alegación y acreditación; y mientras eso sucede, el documento tendrá efectos probatorios.

Con independencia de lo anterior, en mi opinión, aun siendo cierto que los documentos son un instrumento probatorio, más allá de la prueba articulada en un proceso judicial, incluso admitiendo que dicha cualidad la tiene el documento de forma ajena al Derecho, no por ello esa función probatoria, tanto de la autoría de la declaración como del contenido de la misma, representa el interés merecedor de tutela penal, ya que lo que se está pretendiendo proteger a través de la intervención de esta rama del Derecho es, concretamente, la función que tienen los documentos en el tráfico jurídico, la cual se ve impedida cuando se atenta contra la fuerza probatoria de los mismos.

Por tanto, la capacidad probatoria que presentan los documentos, se erige como una característica de los mismos, y puede por ello ser merecedora de

³⁶¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho civil, volumen I*, Madrid, 1995, p. 137.

³⁶² “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

protección mediata, pero no debe obviarse que lo esencial de los documentos es atender a una función concreta, motivo por el cual existen distintos tipos, que no presentan la misma fuerza probatoria y efectos según se trate de documentos públicos o privados, como ya se ha indicado en anteriores líneas. Es por ello que comparto la opinión de GARCÍA CANTIZANO³⁶³ cuando afirma que *“la alteración fraudulenta de cualquiera de estas dos cualidades –la de garantía y la de perpetuidad- intrínsecas a la naturaleza del documento afecta directamente a su poder de prueba, imposibilitando, por lo tanto, que éste desarrolle normalmente su propia funcionalidad en el tráfico jurídico, que se constituye en el contenido del bien jurídico protegido en la falsedad documental”*.

Por el contrario, sin negar la importancia probatoria de los documentos en relación con el funcionamiento del tráfico jurídico, opino que la protección de una de las características inherentes y esenciales del documento, como es su valor probatorio –de la autoría de la declaración en la que consiste y de su contenido-, en realidad equivaldría a admitir que lo que se protege a través de las figuras delictivas de las falsedades documentales, es el documento propiamente dicho, coincidiendo en este aspecto con FERNÁNDEZ PANTOJA cuando afirma que no deben confundirse el bien jurídico y el medio comisivo³⁶⁴.

2.2.4. La funcionalidad de los documentos:

En atención a cuanto precede, puede afirmarse que la figura descrita en el artículo 290 del Código Penal, aun siendo un delito de falsedad documental, no protege de forma directa ninguno de los bienes jurídicos que, mayoritariamente para la doctrina, se tutelan a través de los artículos 390 y siguientes, esto es, la fe

³⁶³ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 118.

³⁶⁴ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p. 63.

pública, la seguridad en el tráfico jurídico y/o el valor probatorio que se atribuye a los documentos en general. Lo anterior sugiere, indefectiblemente, que en el caso de la falsedad contable objeto de análisis, el bien jurídico que se protege no es coincidente con el que se tutela en el caso de las falsedades documentales genéricas, al menos, como digo, con los bienes jurídicos apuntados de forma mayoritaria por la doctrina, y que por tanto, nos hallamos ante un bien jurídico singular y original de este tipo de falsedad contable, que no será objeto de protección en las falsedades documentales de los mentados artículos 390 y siguientes de la norma penal sustantiva.

Sin embargo, antes de analizar las distintas opiniones doctrinales acerca de cuál podría ser el objeto de protección en el caso particular del artículo 290, resulta obligado hacer referencia a la “funcionalidad de los documentos” como bien jurídico protegido. La razón de esta especial referencia se debe a que nos hallamos ante una excepción a lo anteriormente comentado acerca de un bien jurídico no coincidente con el de las falsedades documentales. En este sentido, hay una parte minoritaria de la doctrina que opina que la función de los documentos constituye el bien objeto de protección directa en las falsedades del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, y de la misma forma, un sector también minoritario en la doctrina, defiende la funcionalidad de los documentos como interés de inmediata tutela en la falsedad del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal. Por su parte, resulta muy minoritaria la doctrina jurisprudencial que apunta a la función de los documentos como interés merecedor de protección directa³⁶⁵.

³⁶⁵ Entre las escasas Sentencias que lo señalan como bien jurídico protegido en la figura del artículo 290 del Código Penal, se encuentra la de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543). Asimismo, existen algunos otros pronunciamientos que señalan cómo la determinación del bien jurídico protegido no es una cuestión pacífica en la doctrina, siendo uno de los objetos de tutela inmediato apuntado por la misma, la funcionalidad del documento, junto con el patrimonio o el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación de la entidad; así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098).

En referencia a las falsedades de los artículos 390 y siguientes, MUÑOZ CONDE opina que *“la importancia del documento en el tráfico jurídico es tal que puede considerarse que, más que la fe pública o la propia seguridad en el tráfico jurídico fiduciario..., es la funcionalidad del documento mismo (en sus distintas formas de aparición en las relaciones jurídicas) el verdadero bien jurídico protegido en estos delitos”*³⁶⁶. Y GARCÍA CANTIZANO, que *“el bien jurídico protegido específicamente en el delito de falsedad documental sería la propia funcionalidad del documento en las diversas misiones que tiene que cumplir en el tráfico jurídico”*³⁶⁷. Estas opiniones giran en torno al protagonismo que los documentos ostentan en el tráfico jurídico como instrumento fundamental para su funcionamiento y para el desenvolvimiento de las relaciones sociales. Y en relación con ello, como pone de manifiesto la anterior autora³⁶⁸, la capacidad que tiene el documento para perpetuar su contenido y la validez que conlleva en orden a mostrar la responsabilidad que asume el que hace la declaración en el mismo contenida, en definitiva de su autor, *“lo han elevado a la categoría de pieza clave en la constitución y constatación de hechos jurídicos, en la medida en que, a través de ellas, la prueba de tales circunstancias está asegurada”*.

Ya me he referido con anterioridad a la función perpetuadora, probatoria y garantizadora de los documentos, y a cómo la falsedad ha de afectar a alguno de sus elementos esenciales, que en los documentos públicos son las declaraciones de las partes (no su contenido), la fecha en la que dichas declaraciones fueron efectuadas y la persona a la que se le atribuyen y responde de las mismas, mientras que en los documentos privados son las declaraciones de las partes

³⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., pp. 676 y 677.

³⁶⁷ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades...* cit., p. 134, y *Falsedades documentales...* cit., p. 43.

³⁶⁸ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades...* cit., p. 134.

expresadas en los mismos (no su contenido) y la identidad de la persona que las asume mediante su firma o cualquier otra forma que le permita identificarse³⁶⁹. En palabras de MUÑOZ CONDE, la falsedad ha de recaer sobre algún extremo esencial del documento³⁷⁰, pudiendo afirmarse que se altera esa esencialidad en el mismo cuando la acción recae sobre alguna de sus funciones, ya la de perpetuidad, ya la de garantía o ya la probatoria³⁷¹, triple función o valor que puede ser objeto de protección y que evidencia la importancia que ostentan los documentos como instrumentos jurídicos autónomos, y que se acredita como la causa origen de la confianza del público en su uso como medio eficaz en el que puede quedar contenido cualquier relación o negocio jurídico³⁷².

En relación con ello y con la funcionalidad de los documentos como bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, en la misma línea argumental que GARCÍA CANTIZANO³⁷³, opino que lo relevante es la razón de

³⁶⁹ Vid. cita núm. 273.

³⁷⁰ En este sentido, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), señala que “*la falsedad ha de ir referida a un documento esencial y a algún aspecto nuclear del mismo (TS 1318/2000, 14-7 y AP, Jaén, 1ª, 69/1999, 3-11)*”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262), al indicar que “*debemos recordar que la jurisprudencia ha sido taxativa: «es necesario que la alteración de la verdad... se refiera a un dato importante de modo que quede afectado de manera relevante al ámbito jurídico en que el documento por su propia naturaleza ha de incidir» (STS de 25 de marzo de 1999) en el sentido de que «es preciso que la mutatio veritatis incida sobre los elementos esenciales del documento y posea la entidad suficiente para confundir al tercero o sorprenderle en su buena fe, repercutiendo o produciendo los efectos perseguidos en el ámbito de las relaciones jurídicas» (STS de 3 de octubre de 2003)*”. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191), al afirmar que “*no basta con una conducta objetivamente típica, sino que también es precisa la alteración de la verdad, alterando la esencia, substancia o autenticidad del documento en sus extremos esenciales, por cuanto constituye presupuesto necesario en este tipo de delitos el daño real, no meramente potencial, en la vía de derecho a la que está destinado el documento... en segundo lugar deberá suponer el falseamiento de partidas en aspectos nucleares de los documentos*”.

³⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 685.

³⁷² GARCÍA CANTIZANO, Mª.C., *Falsedades...* cit., p. 133, y *Falsedades documentales...* cit., p. 43.

³⁷³ GARCÍA CANTIZANO, Mª.C., *Falsedades...* cit., p. 133. Para la citada autora, “*la definición del bien jurídico en la falsedad documental ha de atender, necesariamente, al sentido y razón que el*

ser y utilidad del documento en cada caso concreto, es decir, que al margen de las funciones generales de los documentos antes enunciadas, y del ataque que se produce a sus elementos esenciales, lo cierto es que cada documento en particular tiene un sentido y alcance singular, según las personas que lo suscriben, las manifestaciones que contienen y las responsabilidades que en atención al mismo se establecen, circunstancias que no son ajenas al interés comprometido por el hecho delictivo en cada caso, pudiendo afirmarse que la función dañada en cada caso, dependerá de los intereses afectados y abarcados por el documento sobre el que se lleva a cabo la falsedad.

En el caso de la falsedad contable del artículo 290, los autores que abogan por la funcionalidad de los documentos como interés jurídico que de forma directa es tutelado por la norma, opinan que nos hallamos ante un delito pluriofensivo, en el que esa funcionalidad de los documentos convive por tanto con otro u otros objetos merecedores de protección inmediata, para estos autores, la tutela que se dispensa al patrimonio de la propia entidad, sus socios y terceros, bien jurídico el patrimonio que será objeto de posterior análisis. Esta pluriofensividad parece justificarse fundamentalmente en la importancia que poseen los documentos contables en la vida societaria y teniendo en cuenta las funciones de garantía que cumplen el capital y el patrimonio sociales³⁷⁴. En este sentido, sobre la protección de la funcionalidad de los documentos contables y la

documento tiene en el concreto marco real en el que es utilizado. Desde este punto de vista, la función del documento viene fijada por los intereses que entran en juego cuando media la intervención de un documento en las relaciones que se entablan dentro de dicho ámbito". En igual sentido, FARALDO CABANA, P., Los delitos... (1996) cit., pp. 369 y 370, y Los delitos... (2015) cit., pp. 118 y 119, opina que "teniendo en cuenta el servicio indispensable que el documento presta en el marco de las relaciones socio-económicas y que ha hecho de él un instrumento imprescindible del tráfico jurídico, cabe sostener que el bien jurídico tutelado en los delitos de falsedades documentales es la propia funcionalidad del documento en las diversas tareas que cumple en dicho tráfico. No olvidemos, sin embargo, que su contemplación como bien jurídico penalmente protegido tiene sentido en la medida en que la protección penal se configura como una protección funcional que tiene su punto de mira en los intereses subyacentes".

³⁷⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 329.

protección del patrimonio, TERRADILLOS BASOCO opina que dado que en el artículo 290 del Código Penal, resulta ser una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica, dicha posibilidad de sancionar tales hechos sólo es posible cuando vienen asociados a la vulneración del bien jurídico patrimonio³⁷⁵, añadiendo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sobre esta opinión que, por tanto, “*la acción falsaria en el art. 290 se limita a expresar el necesario desvalor de acción, o sea, permite seleccionar como particularmente intolerable el ataque al bien jurídico del patrimonio y por ello el legislador lo eleva a la categoría de delito*”³⁷⁶.

Discrepo de tal opinión acerca de que la admisión de la excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica contenida en el artículo 290, se debe a la asociación de tales hechos a la lesión o puesta en riesgo del patrimonio, entendido éste como bien jurídico protegido. Sin negar la relevancia que en el delito objeto de estudio adquiere el patrimonio, por cuanto se hace expresa referencia a la idoneidad que han de tener los hechos contenidos en el precepto para causar su puesta en peligro o lesión, sin embargo, y como ya he tenido oportunidad de manifestar en líneas anteriores, el hecho cierto es que nos hallamos, “per se”, ante una excepción a la impunidad prevista en el artículo 392.1 del Código Penal, que resulta plenamente justificada en atención al desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo, sin que por tanto, dicha excepcionalidad se deba específicamente a una protección del

³⁷⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.Mª., “Los delitos... cit., p. 274.

³⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 374. Concluye en este sentido, ibídem., pp. 378 y 379, acerca de la vinculación entre los bienes jurídicos patrimonio y funcionalidad del documento, que “*el comportamiento falsario descrito en el art. 290 revela un especial desvalor de acción que, unido a la violación del bien jurídico del patrimonio, confiere lesividad a la infracción; pero ese desvalor de acción se fundamenta ya en la lesión de un bien jurídico diferente, la cual constituye per se en algunos casos aun un delito independiente de falsedad documental. Por tal razón, finalmente, entiendo que incluso ningún inconveniente habría para afirmar que el bien jurídico funcionalidad del documento referido a las falsedades ideológicas merece una protección reforzada cuando se ve afectado en el ámbito societario y va asociado a la vulneración de otro bien jurídico, como es el patrimonio*”.

patrimonio de forma directa³⁷⁷. En relación con ello, y como anticipé e igualmente diré más adelante, la mención que se hace a la idoneidad de los hechos para poner en peligro o lesionar intereses patrimoniales, se configura exclusivamente como un elemento de la tipicidad que sirve para seleccionar aquellos supuestos que sí tendrán relevancia a efectos penales, frente a los que no la tendrán, ni tan siquiera por vía del artículo 392.1, toda vez que no resulta suficiente para que se entienda cometido el delito, cualquier inexactitud o falta de veracidad en los documentos que hayan de reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, sino que será preciso que tal circunstancia sea idónea para causar un perjuicio económico a la propia sociedad, los socios o terceros. Por tanto, opino que no nos hallamos ante un delito pluriofensivo, sino ante un delito que, como en el caso de las falsedades documentales genéricas, únicamente sitúa como bien jurídico protegido de forma inmediata la funcionalidad que tienen los documentos como instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en el mismo.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que, como también he indicado al referirme a las falsedades documentales en general, lo relevante en cuanto a la funcionalidad de los documentos como interés jurídico a proteger es la razón de ser y utilidad del documento en cada caso concreto, esto es, la función que posee, y que, por tanto, la concreción de la función dañada en cada caso dependerá de los intereses afectados y abarcados por el documento, instrumento sobre el que se lleva a cabo la falsedad, en el supuesto de la falsedad contable, como opina

³⁷⁷ Expresamente contrario a esta idea se ha mostrado FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Los créditos bancarios y el Derecho Penal”, en Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002, p. 76, al señalar que “La supuesta protección de la funcionalidad de los documentos de la sociedad es muy dudosa, desde el momento en que si la falsedad no es apta para causar un perjuicio patrimonial la conducta es atípica. En consecuencia, el art. 290 no viene a sancionar meramente una modalidad de falsedad ideológica en atención al sujeto, sino que aporta un elemento clave diferencial: la protección del patrimonio que las falsedades comunes, desde luego, no tienen en cuenta”.

FARALDO CABANA, la concreción hacia los intereses específicos que subyacen de la funcionalidad de los documentos contables a los que alude el artículo 290, abarca únicamente los documentos cuya misión es dar a conocer a los socios, acreedores y terceros, la situación jurídico-económica de la entidad, de tal forma que la falsedad que afecte de forma negativa a esta labor de información será punible, siempre que resulte idónea para perjudicar los patrimonios de los destinatarios de la citada información³⁷⁸. Expresado de otra manera, fijar el bien jurídico objeto de protección directa en la funcionalidad del documento, sirve para delimitar el ámbito de aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación, junto con el elemento de la idoneidad para causar un perjuicio económico, conduce a afirmar que sólo los documentos cuya función es dar a conocer la situación jurídico-económica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito.

2.2.5. El patrimonio y su seguridad:

Como se ha dicho en líneas anteriores, la práctica totalidad de los autores afirman que el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, así como su seguridad, constituye el bien jurídico protegido en el delito de falsedad contable

³⁷⁸ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 39. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543), a la que en anteriores líneas he hecho referencia, es de los pocos pronunciamientos que se muestran a favor de la funcionalidad de los documentos como bien jurídico protegido. Así, y precisamente en referencia a FARALDO CABANA, P., la Sala pone de manifiesto que *“compartimos el criterio... de que, en su caso, la protección de la funcionalidad del documento, en las diversas tareas en que aparece como instrumento imprescindible del tráfico económico-jurídico, ha de ponerse en relación con los intereses subyacentes. Así, en el supuesto del artículo 290 del Código Penal, los documentos a los que alude el precepto son tutelados como delito societario en la medida en que cumplan la función prevista por el legislador de dar a conocer a los socios, acreedores y terceros la situación jurídica o económica de la sociedad, «por lo que la falsedad material o ideológica que afecte negativamente a esta función es punible siempre que sea idónea para perjudicar los patrimonios de los destinatarios de la información»”*.

del artículo 290 del Código Penal³⁷⁹, si bien la mayoría de las opiniones se muestran partidarias de considerar que nos hallamos ante un delito cuyo objeto de protección es pluriofensivo, donde uno de los intereses tutelados es precisamente el patrimonio³⁸⁰.

Con carácter previo al análisis del patrimonio como objeto de protección, debe llamarse la atención sobre el hecho de que para la mayoría de los autores, nos encontremos ante una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares, como también se ha indicado en líneas anteriores, y que, en consecuencia, se admita que estamos ante un delito de falsedad documental también por una mayoría de la doctrina, pero por el contrario no se considera por lo general que el bien jurídico que se protege a través de la figura del artículo 290 de la norma penal sustantiva sea, al menos, un interés más cercano o parecido al tutelado en las falsedades de los artículos 390 y siguientes, sino todo lo contrario, como se dice, para un gran número de los autores nos hallamos ante un bien jurídico que nada tiene que ver con el de las falsedades genéricas señaladas. La explicación a esta supuesta lejanía con respecto a los delitos de falsedad documental en lo que a su objeto de protección se refiere, estaría justificada según RODRIGUEZ MOURULLO³⁸¹ en que, a diferencia del resto de delitos consistentes en falsedades documentales, la descrita en el artículo 290 de Código Penal viene marcada por la necesidad de su idoneidad para, al

³⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 164 y ss.; el mismo, “Los créditos... cit., pp. 75 y 76; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 92; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 541; o SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., “Lección 21. Delitos societarios”, en Serrano Gómez, Serrano Maíllo, Serrano Tárraga y Vázquez González, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2012.

³⁸⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 94 y 95; FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 370, y *Los delitos... (2015) cit.*, p. 120; GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 508; LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 207; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, pp. 373 y 374; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, p. 207; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24^a. Delitos... cit.”, p. 720.

³⁸¹ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 92, entre otros autores.

menos, poner en peligro bienes o intereses de carácter patrimonial, siendo esta nota diferenciadora la que permite afirmar que *“la falsedad se convertiría así en un modo de ataque al patrimonio ajeno o a su seguridad”*, siendo este el bien jurídico inmediato. Asimismo, para FERNÁNDEZ TERUELO³⁸², el aspecto económico-patrimonial presente en el delito del artículo 290, impide que su objeto de protección sean intereses como la fe pública, al menos únicamente, *“ya que el falseamiento de las cuentas u otros documentos no serán más que el cauce para obtener otros resultados ulteriores, que implican el ataque a ciertos intereses patrimoniales concretos”*.

Dicho lo anterior, y sin perjuicio de retomar esta idea más adelante, se reitera que el patrimonio y su seguridad se configura como bien jurídico tutelado de forma directa para una generalidad autores, en contraste con la opinión de la doctrina jurisprudencial, para la cual el patrimonio sólo aparece como objeto directo de protección en algunos pronunciamientos aislados³⁸³. SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO³⁸⁴, en la misma línea que RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, opinan que el patrimonio de la sociedad, de sus socios o de terceros constituye el interés penalmente tutelado de manera inmediata, si bien ello siempre que pueda derivarse el citado perjuicio económico, condicionante que se compadece con la exigencia incorporada en el precepto acerca de la necesidad de una idoneidad de los hechos llevados a cabo por el autor para poder causar tal resultado lesivo. O FERNÁNDEZ TERUELO³⁸⁵, para quien la existencia en el artículo 290 de la idoneidad para causar el perjuicio o el peligro

³⁸² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 165.

³⁸³ Como por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013\167482), en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008\59536) o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543).

³⁸⁴ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 541.

³⁸⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 166 y 167.

de perjuicio patrimonial, hace que nos hallemos “*ante un delito exclusivamente patrimonial, en el que, al proteger la veracidad de la información social, lo que realmente se estaría amparando son los intereses patrimoniales de los distintos sujetos a quienes la misma se dirige*”, y ello porque la falsedad contenida en el precepto objeto de estudio no es más que un medio a través del que se logra el beneficio y se causa el perjuicio patrimonial, sin que sea imprescindible la búsqueda de otros intereses vinculados a las falsedades documentales genéricas.

Junto con el patrimonio como objeto de tutela, FARALDO CABANA³⁸⁶ opina que se trata de una figura a través de la cual se protege también la funcionalidad de los documentos sociales, como ya se ha indicado en anteriores líneas, bien jurídico protegido según la autora en las falsedades documentales de los artículos 390 y siguientes del Código Penal. En este sentido, justifica la concurrencia del bien jurídico patrimonial con respecto a aquellas falsedades en la necesidad de que esta falsedad en los documentos contables sea idónea para causar un perjuicio patrimonial, de tal forma que en tanto se justifica la figura societaria por esta mayor gravedad, correlativamente debe traer su causa en la necesidad de distintos bienes jurídicos a proteger. También para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³⁸⁷ estamos en presencia de un delito pluriofensivo, en el que además del patrimonio se estaría protegiendo, como también se ha indicado con anterioridad, la funcionalidad de los documentos sociales en las relaciones jurídicas.

LUZÓN CUESTA³⁸⁸, opina igualmente que el delito del artículo 290 del Código Penal es una figura pluriofensiva, siendo uno de sus bienes objeto de

³⁸⁶ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 370, y *Los delitos...* (2015) cit., p. 120.

³⁸⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...* (PE) cit., pp. 373 y 374; el mismo, *Derecho penal económico y...* cit., p. 207. Vid. también, ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 720.

³⁸⁸ LUZÓN CUESTA, J.Mª., *Compendio...* cit., p. 207.

protección los intereses patrimoniales de los destinatarios de la información societaria. En semejantes términos DEL ROSAL BLASCO³⁸⁹, protegiéndose tanto intereses patrimoniales como el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la realidad jurídica y económica de la entidad. O GÓMEZ RIVERO, CORTÉS BECHIARELLI, NIETO MARTÍN, NÚÑEZ CASTAÑO y PÉREZ CEPEDA³⁹⁰, quienes opinan que junto con el patrimonio individual de la sociedad, socios o terceros, concurre la vulneración de un interés supraindividual consistente en *“la necesaria confianza que los socios y terceros deben poseer sobre que los bienes jurídicos y económicos de la sociedad reflejen la situación real de la misma”*.

Como puede comprobarse, de entre los autores que opinan que el patrimonio es bien jurídico protegido de forma inmediata a través de la figura objeto de estudio, podemos diferenciar tres tipos de corrientes: de una parte, los que entienden que el patrimonio de la sociedad, los socios y terceros, es el único interés que se tutela; de otra, los que consideran que además de dicho patrimonio, se protege igualmente un bien jurídico propio de las falsedades documentales de los artículos 390 y siguientes del Código Penal, siendo mayoritarios los autores que entienden que éste último sería la funcionalidad de los documentos; y por otra, los que opinan que junto con el patrimonio se estaría protegiendo otro u otros bienes jurídicos, no coincidentes con los propios de delitos de falsedad documental o, al menos, con aquellos que mayoritariamente han sido definidos por la doctrina en relación con los mencionados delitos.

De este modo, en el caso del primer grupo de autores, la nota diferencial existente con respecto a los delitos de los artículos 390 y siguientes del Código

³⁸⁹ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 94 y 95.

³⁹⁰ GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 508.

Penal, esto es, la exigencia de idoneidad de los hechos para producir un perjuicio de carácter económico, justifica y fundamenta que el bien jurídico protegido en este delito especial de falsedad se distancie del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, centrándose en el patrimonio. En el caso del segundo grupo de autores, los mismos se definen en una zona intermedia en lo que se refiere al interés objeto de tutela, admitiendo, de una parte, que el bien jurídico es coincidente con alguno de los definidos en el caso de las falsedades documentales del Capítulo II del Título XVIII de la norma penal sustantiva, ya que el artículo 290 de la citada norma no deja de ser un delito de falsedad documental, y de otra, admitiendo igualmente, como en el caso del primer grupo de autores, que la especialidad que contiene sobre la exigencia de, al menos, poder causar un perjuicio patrimonial en la sociedad, los socios o terceros, y que le diferencia del resto de falsedades documentales, precisamente supone la existencia del patrimonio como un interés original de inmediata protección, configurándose por tanto en una figura de carácter pluriofensiva. Y en el tercer grupo de autores, dan un paso más en cuanto a la desvinculación del bien jurídico del artículo 290 y del bien jurídico de los delitos de falsedad documental, al entender que, además del patrimonio, se estarían protegiendo otra serie de intereses adicionales que tampoco se identificarían “a priori” con intereses tutelados en las figuras de falsedad documental, siendo un delito por tanto pluriofensivo que nada tiene que ver con los delitos de falsedad documental en lo que se refiere a su objeto de inmediata tutela.

En mi opinión, ninguna de las tres corrientes es acertada. En el caso de la consideración del bien jurídico como el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, se equivocan los autores que así lo defienden cuando afirman que ello deriva directamente de la exigencia que se deduce del literal del artículo 290, cuando establece que la falsedad en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la realidad jurídica y económica de la entidad, debe producirse “*de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus*

socios, o a un tercero”. El bien jurídico cumple una función interpretativa de los elementos del tipo, pero la interpretación del precepto así realizada no es correcta, ya que, a mi modo de ver, la falsedad de los documentos contables, lejos de convertirse en un ataque contra el patrimonio ajeno o su seguridad, lo que viene a indicar exclusivamente es qué hechos serán relevantes a efectos penales de entre todas las posibles falsedades contables que puedan llegar a producirse; dicho de otra manera, la previsión del perjuicio patrimonial en el precepto, debe interpretarse exclusivamente en el sentido de dotar de relevancia a efectos penales “ex” artículo 290 del Código Penal, a las falsedades contables susceptibles de causar un perjuicio económico en la forma descrita, lo que no conlleva necesariamente como consecuencia inmediata que lo que se esté protegiendo sea ese patrimonio. De hecho, en mi opinión, y como ya he expresado en líneas anteriores, el bien jurídico protegido no tiene nada que ver con el patrimonio.

Igual argumento debe deducirse frente a los autores que consideran que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, en la que uno de los intereses tutelados es el patrimonio. Descartado el patrimonio como bien jurídico, el hecho cierto es que el objeto de protección directa quedaría constituido, por lo general, por un interés que, según los casos, coincidirá o no con alguno de los bienes jurídicos que por lo general se entienden tutelados a través de los delitos previstos en los artículos 390 y siguientes del Código Penal.

2.2.6. El derecho a la información completa y veraz, y el derecho a la veracidad de la información:

Como tuve ocasión de anticipar en líneas anteriores, al abordar los posibles bienes jurídicos tutelados en los delitos societarios, en relación con los autores que defienden como objeto directo de tutela en el caso del artículo 290

del Código Penal el derecho a una información completa y veraz de los distintos agentes interesados en el estado jurídico y económico de la entidad, distingo dos corrientes de opinión en la doctrina que aparentemente podrían parecer iguales, pero que a mi modo de ver no resultan exactamente identificables: de una parte, hay autores que opinan que lo que se viene a proteger a través del delito de falsedad contable es, precisamente, el derecho a la información, que necesariamente se comprende o sobreentiende que ha de ser completa y veraz; y de otra, otros consideran que la protección del Ordenamiento penal se concentra, ya no en el derecho a la información como tal, sino en el hecho de la veracidad de la misma, que por tanto no se presume.

De este modo, puede citarse, entre otros autores³⁹¹, a JIMÉNEZ VILLAREJO³⁹², para quien el precepto persigue garantizar ese derecho a la información, que debe reflejarse debidamente en documentos claros y exactos, en correspondencia con el deber empresarial de llevar al día una contabilidad ordenada y fiel con la realidad de la situación económica de la entidad. También GONZÁLEZ RUS³⁹³ opina que el derecho de información de los socios y de los terceros interesados constituye el bien jurídico inmediato, debiendo dichos sujetos recibir datos veraces y fieles de la situación de la entidad, “*como garantía del correcto funcionamiento de la misma y de sus propios patrimonios*”. Igualmente comparte esta opinión LUZÓN CUESTA³⁹⁴, al afirmar que uno de los objetos de protección está configurado por el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad. Y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL

³⁹¹ Como DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 94 y 95, y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 55, además de los que se citarán a continuación.

³⁹² JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos... cit.*, p. 22.

³⁹³ GONZÁLEZ RUS, J.J., “*Delitos... cit.*”, p. 830.

³⁹⁴ LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 207.

RODRÍGUEZ³⁹⁵, para quienes uno de los bienes jurídicos que se protege a través de este delito es el derecho a obtener una información completa y veraz de la situación económica y jurídica de la entidad.

Por el contrario, otros autores no aluden al derecho de socios y terceros a la información sobre el estado contable de la sociedad, sino a un bien jurídico entendido y concretado en el derecho a que la información recibida a la que se tiene derecho, sea completa y veraz, o dicho de otro modo, a la veracidad misma de la información. Así, puede citarse entre otros³⁹⁶, por ejemplo a SUÁREZ GONZÁLEZ³⁹⁷, que defiende que el bien jurídico tutelado está conformado por el derecho de los socios y de terceros a que la información suministrada por la entidad sea completa y veraz. También GARCÍA DE ENTERRÍA, que en su exposición distingue este derecho consistente en la veracidad de la información que se recibe, del derecho a ser destinatario de tal información³⁹⁸. Igualmente SÁNCHEZ ÁLVAREZ³⁹⁹, al decir que “*el bien jurídico protegido por el precepto no es otro que la veracidad de la información social*”. Y BACIGALUPO ZAPATER⁴⁰⁰, al afirmar que el artículo 290 protege la veracidad de la información que reciben los socios.

³⁹⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual...*, p. 329.

³⁹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...*, p. 658; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 19.

³⁹⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, p. 577.

³⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, p. 55. “*Se trata de una norma destinada a tutelar la veracidad e integridad de la información suministrada por la sociedad y, con ello, el derecho de información de los socios y de las personas interesadas en la vida social*”.

³⁹⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit.”, p. 100.

⁴⁰⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Los delitos... cit.”, p. 429.

Finalmente, de la misma forma que ocurriera en el caso del bien jurídico consistente en el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, opción mayoritaria en la doctrina, aunque normalmente junto con otro bien jurídico, la mayoría de la doctrina jurisprudencial se ha inclinado por señalar el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios y terceros), a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídico-económica de la entidad, como bien jurídico protegido en el artículo 290⁴⁰¹.

Dicho lo anterior, esta distinción que creo que existe entre lo que sería un derecho a la información completa y veraz, y un derecho a la veracidad de la información, opino sin embargo que a la postre resulta irrelevante. Y ello porque, de una parte, no pienso que la figura objeto de estudio pretenda dotar de protección el derecho de información que ostentan los socios e incluso de terceros con intereses en la entidad⁴⁰², ya que la propia naturaleza del delito y su encuadramiento como falsedad documental contable, evidencia sin la menor duda que lo decisivo no es el derecho a la información como tal, sino el derecho a una información completa y veraz, de donde se deduce que, en todo caso, lo fundamental está constituida por la verdad de lo informado; y de otra parte,

⁴⁰¹ Así por ejemplo, pueden citarse, entre muchas otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9453), de 25 de junio de 2010 (RJ 2010\7169), de 17 de junio de 2009 (RJ 2009\5973) y de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8091), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262) y de 5 de febrero de 2013 (JUR 2013\265235), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274), de 4 de marzo de 2013 (ARP 2013\497) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de julio de 2012 (ARP 2012\1158) y de 4 de noviembre de 2009 (ARP 2010\353), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 30 de abril de 2012 (ARP 2012\1224), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456) y de 27 de abril de 2011 (ARP 2011\743), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2011 (JUR 2011\351208) y 11 de junio de 2010 (ARP 2010\1307), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543).

⁴⁰² Sobre la negación de que el derecho de información de los socios y de otras personas interesadas en la entidad conforme el bien jurídico directo, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 167, y RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91, entre otros.

porque esa esencialidad de la verdad de lo informado, opino que se identifica perfectamente con el derecho a la veracidad de la información expuesta por el segundo grupo de autores. Pues bien, partiendo de esta identidad y, por tanto, pudiendo dar tratamiento único a ambas corrientes doctrinales, en correspondencia a lo ya anticipado en anteriores líneas, no puede entenderse que nos hallemos ante un interés jurídico de protección inmediata, ya que no es posible afirmar la existencia de un supuesto derecho a la verdad, esencialmente porque ello excede de las funciones propias del Derecho⁴⁰³.

Reiterando las palabras de FERNÁNDEZ PANTOJA, *“no resulta admisible, en cuanto bien jurídico protegido, la propuesta de un derecho a la verdad por las propias necesidades y fines que ha de cumplir el Derecho penal, e igualmente, por la absoluta subjetividad de lo que ello implica, es decir, se rechaza la efectiva existencia de una verdad que no sería otra cosa que aquella que fuera «impuesta» para garantizar una cierta igualdad de las leyes penales, y mucho menos, un derecho que acoja esa verdad, ya que, en último extremo, sería el derecho de quien acuerda que una determinada señal, instrumento, declaración o cualquier otra cosa se le atribuya la categoría de «verdadero», término por lo demás, nada claro y objetivo, absolutamente relativo y repleto de gran contenido moral. Estas características para nada responden a una concepción actual de objeto jurídico tutelado por el ordenamiento penal”*⁴⁰⁴.

⁴⁰³ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 369, y *Los delitos...* (2015) cit., p. 117; GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades...* cit., pp. 71 y ss.

⁴⁰⁴ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito...* cit., p. 73.

2.2.7. Otros posibles bienes jurídicos:

Finalmente, algunos autores hacen referencia o aluden a otra serie de bienes jurídicos protegidos a través de la figura de la falsedad contable. Tal es el caso por ejemplo de BACIGALUPO ZAPATER⁴⁰⁵, para quien la protección que dispensa el artículo 290 del Código Penal es doble: de una parte, “*se protege la transparencia externa de la administración social, en la medida en la que mediante las cuentas anuales se informa a los terceros, al mercado en general, sobre la situación de la sociedad*”, consistiendo por tanto en una protección de los intereses de terceros⁴⁰⁶; y de otra parte, “*también protege la veracidad de la información que reciben los socios, y de esta manera también una administración leal por parte de quienes reciben la confianza de aquéllos para conducir la gestión*”. Simplemente diré que, en mi opinión, estos intereses podrían ser merecedores de protección mediata en el delito de falsedad analizado, como tantos otros, pero no como bienes jurídicos protegidos de forma inmediata, en tanto que opino que el delito objeto de estudio no tiene vocación de proteger hechos consistentes en una administración desleal de manera principal y específica.

En sentido negativo, pueden encontrarse otros autores que niegan o se oponen a que determinados bienes o intereses se configuren como objeto de tutela directa en el delito objeto de estudio. Tal es el caso, por citar a alguno de ellos, de RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, quien abiertamente niega que el bien inmediatamente protegido sea la propia entidad mercantil, por cuanto, como

⁴⁰⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Los delitos... cit., p. 429.

⁴⁰⁶ Apuntan a dicho interés jurídico de inmediata protección, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\4339) y de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989), al decir, por ejemplo la primera de ellas, que “*el delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social...*”. O la de la Audiencia Provincial de Granada, de 27 de octubre de 2011 (JUR 2011\351797) y la de la Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de mayo de 2010 (JUR 2010\313834).

en el supuesto de la fe pública, nos encontramos ante una caracterización excesivamente inespecífica⁴⁰⁷, opinión que comparto.

2.3. Recapitulación acerca del bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal.

Sabido es que de acuerdo al principio de ofensividad o de lesividad, todo hecho delictivo conlleva la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. De este modo, junto con la manifestación exterior de un hecho concreto, todo delito produce además un daño en un bien jurídico, o al menos su puesta en peligro. Entre muchos otros, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁴⁰⁸ se refieren a ello, al poner de manifiesto cómo la formulación inicial del principio de ofensividad, sirve para expresar que todo delito conlleva de forma necesaria un daño u ofensa a un concreto bien jurídico, sin que sea posible la existencia de un delito en el que este fenómeno no tenga lugar, y cómo toda infracción criminal supone al tiempo la externalización y materialidad de un hecho, y que se dañe un bien jurídico.

Lo cierto es que sobre el papel esencial del bien jurídico como núcleo o fundamento básico del principio de ofensividad o de lesividad se ha referido de forma prolija buena parte de la doctrina penalista, sin que desde luego sea este el momento de profundizar en esta cuestión. Vinculada con el citado principio, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁰⁹, también como muchos otros, se refiere a la concepción procedimental del bien jurídico, en el que tampoco me extenderé, en

⁴⁰⁷ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 91.

⁴⁰⁸ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1999, pp. 315 y 316.

⁴⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PG) cit.*, pp. 153 a 159.

virtud de la cual el bien jurídico *“se erige en el primer momento en el proceso de justificación de la intervención penal, o sea, el primer requisito (ciertamente no suficiente) para la legitimidad del castigo penal”*, de tal forma que el interés jurídico se constituye, además de como una institución dogmática de cada tipo, como *“una razón o conjunto de razones que permiten justificar la intervención del Derecho penal”*. De este modo, continúa el autor, dado que el bien o interés jurídico aparece configurado en términos de justificación, se explica que en el mismo no sólo se incluya el interés que de forma inmediata se protege, sino igualmente, *“todo el entramado de intereses legítimos que subyacen en la norma penal y que operan como bienes mediatos o, en general, como ratio legis o motivo de la criminalización”*.

Pues bien, a lo largo de este capítulo he analizado el bien jurídico protegido de forma inmediata en el delito societario del artículo 290 del Código Penal, teniendo en cuenta que se trata de un delito de falsedad documental, y distinguiéndolo de aquellos otros intereses merecedores de una tutela mediata. De este modo:

1º.- Con carácter preliminar opino, como una buena parte de la doctrina, que nos hallamos ante un delito de falsedad documental, consistente, generalmente, en faltar a la verdad en la narración de los hechos por parte de las personas encargadas de confeccionar los documentos que han de servir para dejar constancia del estado real económico o jurídico de la entidad mercantil, configurándose, en consecuencia, como una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares sobre documentos mercantiles. No obstante, también es posible que el delito tenga lugar a través del resto de formas contenidas en el artículo 390.1 del Código Penal.

En relación con lo anterior, el hecho de que el artículo 392.1 excluya la falsedad ideológica como modalidad, implica que el artículo 290 sea, además,

una excepción en el tratamiento de los documentos mercantiles, acercándolos en este supuesto en particular al tratamiento que se proporciona a los documentos públicos y oficiales en el artículo 390 de la norma penal.

2º.- Dicho lo anterior, el bien jurídico protegido será la funcionalidad de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsificación.

Esta funcionalidad de los documentos, bajo mi punto de vista, se perfila como el objeto directo de protección tanto en el caso de las falsedades documentales genéricas de los artículos 390 y siguientes del Código Penal, como en el supuesto particular de la falsedad en los documentos contables del artículo 290. Por tanto, descarto en el primer grupo de delitos que el bien jurídico directamente protegido sea un derecho a la verdad, la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, que todo lo más podrían entenderse como bienes tutelados de forma mediata, e igualmente, el valor probatorio de los documentos, que más que bien jurídico mediato podría considerarse una faceta del bien jurídico consistente en la funcionalidad de los documentos; y en el caso del delito societario, que el interés que se proteja de forma inmediata sea el patrimonio (ya de la sociedad, los socios, los acreedores o de terceros) y su seguridad, el derecho a una información completa y veraz de la situación económica y/o jurídica de la entidad, el derecho a la veracidad de la información, la transparencia externa de la información social, la administración leal o la propia entidad mercantil, y más aún si cabe cuando no concurriera cualquiera de estos intereses con algún otro bien jurídico propio de los artículos 390 y siguientes, en tanto que ello resultaría contradictorio con el hecho de admitir que nos encontramos ante un tipo especial o particular de falsedad documental, pudiendo en tal caso entenderse que el delito del artículo 290 del Código Penal, podría estar más cercano a otras figuras tales como la estafa.

3º.- En mi opinión, el delito de falsedad contable del artículo 290, no es una figura pluriofensiva, sino que estamos en presencia de un delito que, como en el caso de las falsedades documentales genéricas, únicamente sitúa como bien jurídico protegido de forma inmediata la citada funcionalidad que tienen los documentos como instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en el mismo. Es por ello que no comparto la opinión de los autores que añaden el patrimonio como otro bien jurídico protegido, junto con el consistente en la funcionalidad del documento.

En este sentido, el patrimonio, o mejor dicho, la idoneidad para causar un perjuicio patrimonial, lejos de ser un bien protegido de forma inmediata, es un elemento de la tipicidad que sirve para acotar o limitar los supuestos en los que debe operar una excepcionalidad a la atipicidad de la falsedad ideológica recogida en el artículo 392.1, esto es y como se ha indicado, a la falsedad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos cometida por un particular sobre documentos mercantiles.

4º.- Dicha excepcionalidad trae su causa en el desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo, sin que por tanto, dicha excepcionalidad se deba específicamente a una protección del patrimonio de forma directa.

Relacionado con esta relevancia e importancia de la figura objeto de estudio, si bien es cierto, como he indicado en líneas anteriores, que no existe un derecho a la verdad, por el contrario, teniendo en cuenta la función probatoria de los documentos y el papel clave que tienen como instrumentos al servicio de las relaciones jurídicas y sociales, sí puede afirmarse la existencia de un deber de

veracidad de los administradores⁴¹⁰ con respecto a la información hecha constar en los documentos económicos y jurídicos de las entidades mercantiles que participan de manera permanente en el mercado, deber de veracidad que alcanza esa especial relevancia en virtud precisamente de la importancia que tiene la seguridad del tráfico jurídico.

Deber de veracidad de los administradores que se halla directamente relacionado con las funciones y las actuaciones propias de su cargo, y cuya elusión o ejecución de forma incorrecta, enlaza directamente con la falsedad ideológica en la que consisten generalmente los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal.

5º.- Especialmente relevante es la razón de ser y utilidad del documento en cada caso concreto, es decir, que al margen de las funciones generales de los documentos y del ataque que se produce a sus elementos esenciales, cada documento en particular tiene un sentido y alcance singular, según las personas que lo suscriben, las manifestaciones que contienen y las responsabilidades que en atención al mismo se establecen, circunstancias que no son ajenas al interés comprometido por el hecho delictivo en cada caso, pudiendo afirmarse que la función dañada en cada caso, dependerá de los intereses afectados y abarcados por el documento sobre el que se lleva a cabo la falsedad. En el supuesto del artículo 290, se concentra en la función de dar a conocer a los socios, acreedores y terceros, la situación económica y jurídica de la entidad, de tal manera que la falsedad que dañe esta labor de información será siempre punible, eso sí, siempre que resulte idónea para perjudicar los patrimonios de los destinatarios de la citada información.

⁴¹⁰ A este extremo me referiré más adelante, al analizar el comportamiento en el artículo 290 del Código Penal.

De este modo, el bien jurídico consistente en la funcionalidad del documento, sirve para delimitar el ámbito de aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación junto con el elemento de la idoneidad para causar un perjuicio económico, lleva a afirmar que únicamente los documentos cuya función consiste en dar a conocer la situación económica y jurídica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito.

6º.- No puede obviarse la importante función que desempeña el Registro Mercantil en relación con la trascendencia probatoria de los documentos que obligatoriamente han de ser inscritos en el mismo, debiendo tenerse en cuenta que, una vez producido el acceso registral de los documentos jurídico-económicos de la sociedad, se genera una legítima expectativa de veracidad esencial para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado.

En relación con ello, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 7 de noviembre de 2003, señala que con el delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, *“se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros”*, pudiendo ser objeto material del delito, además de las cuentas anuales, *“en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado”*⁴¹¹.

⁴¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573). En iguales términos, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9543) y de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262), la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona, de 14 de marzo de 2014 (ARP 2014\443), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274), de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), y de 6 de octubre de 2009 (ARP 2010\240), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de junio de 2012 (ARP 2012\750), la Sentencia de la

7º.- En correspondencia con cuanto precede, puede además concluirse que los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, constituyen un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, por cuanto afectan a un bien supraindividual o colectivo, y no de carácter individual o particular.

En relación con ello, sobre un posible debate acerca de cuál sería la correcta ubicación en el Código Penal de los hechos descritos en el artículo 290, esto es, si en el Capítulo II del Título XVIII, junto con el resto de falsedades documentales, o si en el Capítulo XIII del Título XIII, junto con los demás delitos societarios, me inclino por esta segunda opción, en tanto que la excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica en la que consiste la figura delictiva y, por tanto, la tipicidad de este tipo de falsedad documental, sólo tendrá sentido cuando se produzca en el ámbito societario.

Audiencia Provincial de León, de 19 de diciembre de 2011 (ARP 2012\68), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009 (JUR 200\261692).

Vid. también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013\3508), en referencia a la del mismo Tribunal y Sala, de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005\1084), la cual destaca la importancia de que las actividades societarias reflejen de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados, habida cuenta de lo que repercuten en la vida económica de un país, justificándose por ello que faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad, tenga su adecuada sanción en el primero de los delitos societarios. O la Sentencia también del Alto Tribunal, Sala Segunda (RJ 2013\4339), en alusión a la de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989), cuando señala que *“el delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal, viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consistente en la infracción de deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales que deban reflejar la situación jurídica y económica de la de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero”*.

CAPÍTULO CUARTO

TIPICIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL

1. EL COMPORTAMIENTO.

El artículo 290 del Código Penal se encuentra estructurado en dos párrafos. En el primero se castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, al administrador de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsee las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar el estado jurídico-económico de la sociedad, cuando tal falsedad sea susceptible de causar un perjuicio patrimonial a la propia entidad, a sus socios o a terceras personas, no exigiéndose por tanto ese perjuicio sino únicamente la puesta en peligro de estos intereses económicos, en definitiva, que la conducta sea idónea para producirlo. En el segundo párrafo del precepto, se prevé una pena mayor para los supuestos en los que acontece el perjuicio económico, imponiéndose las penas previstas en el párrafo primero en su mitad superior, cuando finalmente llegue a producirse el citado perjuicio.

1.1. Interpretación del infinitivo “falsear”:

El comportamiento en la presente figura societaria consiste en “falsear”. Por tal debe entenderse “adulterar”⁴¹², es decir, “viciar, falsificar algo”⁴¹³. En este sentido, el término “falsear” ha sido entendido por la mayoría de la doctrina como equivalente a “engañar” o “mentir”⁴¹⁴, e incluye cualquier tipo de maniobra tendente a adulterar los documentos que puedan conformar el objeto material del delito. Igualmente para la doctrina jurisprudencial, “*«falsear» en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho*”⁴¹⁵. De este modo, en el caso del artículo 290 del Código Penal, como ya he indicado en líneas anteriores, la acción falsaria puede llevarse a cabo, al menos desde el punto de vista dogmático no sólo faltando a la verdad en la narración de los hechos, sino también a través del resto

⁴¹² Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de la Lengua (RAE), 1ª acepción del término “falsear”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos... cit., p. 208, se refiere a “cualquier clase de adulteración o simulación”.

⁴¹³ Diccionario de la Lengua Española de la RAE, 1ª acepción del término “adulterar”.

⁴¹⁴ A título de ejemplo citaré a FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 57, “*«falso» proviene del latín «falsum» que, según la doctrina mayoritaria, no significa otra cosa que engañar*”; a RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 81, “*falsear equivale a alterar la verdad o faltar a la misma*”, a QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho...*, p. 598 “*se trata de una contradicción con la verdad, ya sea esta económica o estrictamente jurídica*”; a ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 723, “*falsear significa alterar, manipular, simular, aparentar la veracidad de algo, en este caso de los referidos documentos*”; y a SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.* p. 167, y de nuevo SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 94, “*la conducta se concreta en la producción de una mutación de la verdad*”.

⁴¹⁵ Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de abril de 2015 (JUR 2015\151950), la de la Audiencia Provincial de Albacete, de 7 de mayo de 2015 (JUR 2015\137357), o la de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014\278567). También, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 21 de julio de 2014 (ARP 2014\1246), las de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262) y de 5 de febrero de 2013 (JUR 2013\265235), la de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274), la de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de julio de 2012 (ARP 2012\1158), la de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191), la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de abril de 2011 (ARP 2011\743), o la de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762).

de modalidades contenidas en los ordinales 1º a 3º del artículo 390.1, aunque en la práctica serán escasas las ocasiones en las que esto ocurra; acción falsaria que además debe producirse de forma adecuada para poner en riesgo los intereses patrimoniales de los sujetos pasivos señalados en el propio artículo 290. Coincido por tanto con VILLACAMPA ESTIARTE, cuando afirma al estudiar este delito, que *“el verbo típico falsear incluye cualquier maniobra falsaria, de carácter material o ideológico, que pueda recaer sobre alguno de los documentos a que se refiere el tipo”*⁴¹⁶. Por consiguiente, la acción típica consistirá en falsear las cuentas anuales o cualquier otro documento que haya de recoger información económica o jurídica de la entidad de manera idónea para que pueda producir un perjuicio patrimonial para la sociedad, sus socios o terceros, que en caso de tener lugar conllevará una mayor pena⁴¹⁷, lo que, como

⁴¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 429. En el mismo sentido, entre otros, ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 723, para quien el concepto “falsear” abarca *“tanto las falsificaciones materiales (como en los números 1º y 2º del art. 390.1 CP) como las ideológicas (como en los números 3º y 4º del art. 390.1 CP)... y puede consistir en cualquier acto que dé lugar a una imagen que no se corresponda con la auténtica situación jurídica o económica de la entidad”*.

⁴¹⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 284: *“el comportamiento típico consiste en falsear el objeto material, esto es, las cuentas anuales o cualesquiera de los otros documentos antes citados, produciendo un resultado falsario idóneo para causar un; perjuicio a la sociedad, a sus socios o a un tercero”*; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 95: *“la conducta típica del delito de falsa información social del art. 290 consiste en <<falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad>>, bien <<de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero>>, bien llegando, efectivamente, <<a causar el perjuicio económico>>”*; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 57: *“la acción típica del delito de falsedad en documentos sociales consiste en <<falsear>>”*; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 170: *“con la previsión de esta figura delictiva se persigue la conducta de los administradores, que consiste en falsear alguno de los documentos”*; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 59: *“la conducta sancionada consiste en falsear cualquier documento social, <<de forma idónea para causar un perjuicio económico a la [sociedad], a alguno de sus socios, o a un tercero>>”*; GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 509: *“la acción típica del art. 290 CP viene definida como falsear los distintos documentos configurados como objeto material del delito, de forma idónea para causar un perjuicio económico”*; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 831: *“la conducta típica consiste en falsear los documentos que sirven para conocer cuál es la situación económica o jurídica de la sociedad”*; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit., pp. 2.216 y 2.217: *“El tipo del art. 290 CP consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad... en el falseamiento de las cuentas o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero”*; MARTÍNEZ-PEREDA

RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos... cit., p. 51: “la conducta viene determinada en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit., p. 404: “la acción típica es el falseamiento (entendido tanto en el sentido de creación de un soporte documental inveraz, como en el de alteración –adición, modificación u omisión- de los datos contenidos en un documento legítimo, incluyendo la falsedad ideológica, siempre que sea «de forma idónea para causar un perjuicio económico») de cualquiera de los documentos «que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad»”; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 260: “consiste en la actuación, positiva, de falsear (adulterar), las cuentas u otros documentos, de forma idónea para causar un perjuicio económico”; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 30: “la acción típica de este delito consiste precisamente en falsear determinados documentos sociales; es decir, la falta de verdad o autenticidad de esos documentos, es un componente ineludible de los tipos descritos en el mencionado artículo y quienes comenten este delito son, sin duda, falsificadores de documentos”; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, pp. 501: “se trata de castigar el falseamiento de documentos que por su propia naturaleza tienen el carácter de «mercantiles»”; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 385: “la conducta incriminada mediante el art. 290 del CP ha sido descrita por dicho precepto en dos párrafos; en el primero de ello, se castiga, sin más, falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico, mientras que en el segundo se exige que producto de esta conducta falsaria se llegue a causar el perjuicio económico”; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho... cit.*, p. 597: “el comportamiento que se somete a pena es la formulación falsa de las cuentas anuales u otros documentos... que deban reflejar la situación económica o jurídica de la entidad”; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 722: “la conducta típica consiste en falsear los documentos sociales antes referidos, pero no de cualquier manera, sino de forma que sea idónea para causar un perjuicio económico a la entidad, a los socios o a terceros”; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 24: “la conducta típica consiste en una falsificación (mentir o alterar con cualquier maniobra, activa u omisiva los documentos, de forma que no reflejen la verdadera situación jurídica o económica de la sociedad a que se refieren)”; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 81: “la conducta típica consiste en falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit., p. 97: “el artículo 290 CP castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, a los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de los sus socios, o a un tercero, imponiéndose las penas en su mitad superior si se llegare a causar el perjuicio económico”; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 167, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 94: “la acción típica viene descrita en el precepto por el comportamiento mendaz de los administradores, consistente en falsear el objeto del delito, en el seno de una sociedad constituida o en proceso de formación”; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 541: “la acción consiste en falsear las cuentas anuales u otros documentos en perjuicio de la sociedad, sus socios o terceros”; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 329: “la conducta punible consiste en falsear dolosamente las cuentas u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero”; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Los delitos... cit., p. 577: “el comportamiento típico consiste en falsear los documentos en los que se plasma la información de forma idónea para causar un perjuicio económico”; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 429: “la conducta contemplada en el tipo básico del art. 290 consiste en falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad de forma idónea para causar un perjuicio a alguno de los sujetos pasivos enumerados en el precepto”.

digo, no sólo podrá tener lugar faltando a la verdad en la narración de los hechos, sino también a través del resto de modalidades falsarias del artículo 390.1, a pesar de ser aquélla la modalidad más habitual.

Aunque existe unanimidad en que el comportamiento consiste en falsear el objeto material del delito, la interpretación o significado de este verbo en el artículo 290 no es pacífico en la doctrina. En gran medida, la solución a la que se llega depende de la naturaleza del comportamiento, si tiene una naturaleza defraudatoria o falsaria⁴¹⁸ y, en este sentido, mientras que para la doctrina mayoritaria, nos encontramos ante un tipo de falsedad documental⁴¹⁹, existe un sector que podemos considerar minoritario, que se inclina por su naturaleza defraudatoria⁴²⁰. Junto a las anteriores posturas, existen también algunas opiniones que señalan que el delito del artículo 290 del Código Penal, se trataría de una figura a medio camino entre las de falsedad y estafa⁴²¹.

⁴¹⁸ Extensamente sobre esta cuestión, vid. ECHANO BASALDÚA, J.I., “La falsedad en los documentos sociales del art. 290 CP: ¿delito de falsedad documental?”, en *Revista Vasca de la Administración Pública*, 87-88, Oñati, 2010, pp. 389 a 430.

⁴¹⁹ Entre otros, FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 35 y ss., y 57 y ss.; la misma autora, *Los delitos... cit.*, pp. 366 y ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito... cit.*, p. 344; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 55 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit.”, p. 522 (CD); JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Los delitos... cit.”, p. 22; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 269; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, pp. 19 y ss.; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, p. 132; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit.”, p. 88; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit.”, p. 98; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit.”, p. 1.060; o TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., *Derecho... cit.*, p. 86.

⁴²⁰ Entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Información societaria y protección penal del inversor”, en *La Ley*, 2002-7, D 264, Madrid, 2002, pp. 1642-1654; DE SOTO CARNIAGO, J.J., “El falseamiento en la información social en las sociedades mercantiles”, en *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, 14-15, 1996-1997, Cáceres, 1997, p. 448; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 95 y ss.; ECHANO BASALDÚA, J.I., “La falsedad... cit.”, pp. 420 a 422; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 386 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, p. 578.

⁴²¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit.”, p. 833. Los autores que consideran que nos encontramos ante un delito que se encuentra entre el de falsedad documental y el de estafa, lo hacen por considerar que el párrafo primero del artículo 290, consiste en un delito cuya naturaleza se encuentra entre la falsedad y la tentativa de estafa, mientras que en el segundo párrafo del artículo nos hallamos ante una estafa consumada, de tal forma que llegan a concluir que estos supuestos habrían

Como pone de manifiesto PÉREZ VALERO⁴²², este debate acerca de la naturaleza de la conducta típica es importante, en tanto que de ello dependerá el alcance del verbo “falsear” contenido en el precepto, ya que si estamos ante un delito de falsedad, sólo podrá ser llevado a cabo a través de alguna de las modalidades previstas en el artículo 390 del Código Penal, mientras que si nos encontramos ante un delito defraudatorio, lo esencial será que se logre, mediante la alteración del documento, un engaño suficiente de acuerdo con los delitos de fraude.

Procede por ello recordar y profundizar en lo ya dicho en el Capítulo Tercero, al abordar el análisis del bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal, acerca de si nos encontramos o no ante un delito de naturaleza falsaria o defraudatoria, en tanto que, como dije entonces, la conclusión que se obtenga resultará esencial en el estudio de los elementos de la tipicidad que componen el delito.

Comenzaré por las opiniones de aquellos autores que, en sentido contrario a la mayoría, no consideran que nos encontremos ante un delito de falsedad documental. Para este grupo de autores, en primer lugar, técnicamente no estamos en presencia de un delito de falsedad documental, sino que la conducta típica está más cercana al engaño propio de la estafa, idea en relación a la cual DEL ROSAL BLASCO⁴²³ afirma que *“el documento suscrito por el administrador de hecho o de derecho es la prueba del engaño a través del cual se pretende dar imagen errónea de la situación jurídica o económica de la*

sido constitutivos de delito aun a pesar de no haberse contemplado el delito societario objeto de estudio.

⁴²² PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 386.

⁴²³ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 98.

entidad”. En segundo término, opinan que el artículo 290 del Código Penal, estaría describiendo una falsedad ideológica cometida por un particular y sobre un documento mercantil que, como tal, resultaría impune de acuerdo con lo previsto en el artículo 392.1 del Código Penal, de donde se deduce que únicamente sería posible entender que el artículo 290 es un delito de falsedad documental en el supuesto de que los administradores tuvieran un poder de veracidad en relación a los documentos que confeccionan, semejante al que tienen determinados funcionarios públicos, de tal forma que con su firma el documento adquiriera una presunción de fuerza probatoria “erga omnes”, lo que sin embargo no sucede⁴²⁴, debiendo interpretarse en consecuencia que el artículo 290 del Código Penal en realidad no contiene un tipo de falsedad, puesto que la falsedad ideológica cometida por particular en documento no público es una falsedad impune⁴²⁵.

En este punto es preciso recoger nuevamente los argumentos de este sector doctrinal, en virtud de los cuales no es posible que la falsedad del artículo 290, pueda tener lugar a través de las formas previstas en el artículo 390.1. 1º, 2º y 3º⁴²⁶. En el caso de la falsedad “*alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial*” y “*simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”, se tratan de

⁴²⁴ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 85 y ss.

⁴²⁵ Para SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, p. 578, a pesar de que la estructura típica es muy semejante a la de las falsedades documentales, sin embargo, el hecho de que el fin de la falsedad del artículo 290 del Código Penal sea causar un perjuicio de carácter económico, habilita para considerar que nos hallamos más bien ante un tipo de engaño en el que la falsedad es la forma de lograr el perjuicio, lo que permite justificar la razón por la que se califica como delictiva una falsedad mendaz que debería resultar impune teniendo en cuenta la regulación de las falsedades documentales que se hace en el Código Penal.

⁴²⁶ Así PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 386, para quien el artículo 290 del Código Penal no guarda relación alguna con el delito de falsedad en documento mercantil, dado que la conducta falsificadora que lleva a cabo el administrador de una sociedad sobre los documentos a los que se refiere el tipo, no puede ser reconducida a las modalidades de conducta previstas en el artículo 390.1 del Código Penal, de tal forma que de no existir el artículo 290, dicha conducta sería atípica.

supuestos en los que se requiere, respectivamente, la alteración de alguno de los elementos esenciales del documento. En el caso de los documentos mercantiles, los elementos esenciales consistirían en las declaraciones contenidas en los mismos y su autoría, pero no en el contenido de tales manifestaciones en virtud de lo previsto en los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil⁴²⁷, de tal forma que la falsedad del artículo 290 del Código Penal no podrá tener lugar a través de las dos primeras modalidades del artículo 390.1, dado que la falsedad que lleva a cabo el administrador de hecho o de derecho lo es sobre el contenido de los documentos contables⁴²⁸. Y en el supuesto de la falsedad “*suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho*”, únicamente sería posible cuando quien emite el documento generara una prueba “*erga omnes*” acerca de la participación de las personas o sobre las declaraciones realizadas ante él, lo que no es posible en el caso de los particulares, haciendo prueba únicamente entre las personas que hubiesen suscrito el documento de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.225 del Código Civil⁴²⁹, y pudiendo únicamente acreditar frente a terceros la participación de sus firmantes⁴³⁰.

En tercer lugar, haciendo de nuevo hincapié en el hecho de que la falsedad del artículo 290 del Código Penal no tiene naturaleza falsaria, en tanto que, como acaba de indicarse, no se trata de un delito de falsedad documental en sentido estricto, sino de una falsedad ideológica impune que, por tal circunstancia, no afectaría a las funciones del documento, especialmente a la probatoria, y dado que se trata de un delito especial que sólo puede ser llevado a cabo por los

⁴²⁷ Vid. citas núm. 276 y 284.

⁴²⁸ Vid. citas núm. 271 a 275.

⁴²⁹ Vid. cita núm. 276.

⁴³⁰ Vid. cita núm. 275.

administradores de derecho o de hecho de la sociedad, en realidad nos encontraríamos para este sector doctrinal ante un delito, no de falseamiento, sino de información, vinculado a un deber de veracidad ajeno al Derecho Penal, respecto de los documentos que pueden conformar el objeto material del delito; deber de veracidad basado en la necesaria transparencia y certeza de la información societaria en pro del patrimonio social, el de sus socios o el de terceros, así como en pro del correcto desarrollo de la actividad económica⁴³¹. Y en cuarto lugar, opinan estos autores que la concurrencia factores tales como la de un bien jurídico consistente en la veracidad en la información social, la de una función de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsificación consistente en presentar la imagen fiel de la sociedad, la del hecho de facilitar el ejercicio del derecho a la información de socios y terceros, o la de la protección del tráfico económico, junto a la posibilidad de que el delito pueda llevarse a cabo tanto por acción como por omisión, impide restringir la conducta falsaria a los supuestos del artículo 390 del Código penal, asimilándose nuevamente por ello más al delito de estafa en atención a la similitud de la falsedad típica con el engaño exigido en este tipo de defraudación⁴³².

⁴³¹ ECHANO BASALDÚA, J.I., “La falsedad... cit., p. 422.

En relación con el deber de veracidad de los administradores, como diré más adelante, en mi opinión nos encontramos ante un delito de infracción de deber, delitos en los que, en palabras de BACIGALUPO SAGGESE, S., “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, marzo de 2000, núm. 1 extraordinario, Madrid, 2000, p. 355, sólo puede ser autor del mismo “quien lesione un deber especial preexistente y extra-penal”. En igual sentido GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho: Criterios de imputación*, Zaragoza, 1999, p. 99, en cuya opinión, la explicación del carácter de los delitos de infracción de deber “se encuentra en el punto de partida que afirma la dependencia del tipo respecto a otras formas extrapenales y que sólo admite una interpretación fáctica si no existe una tal regulación penal. La determinación del deber específico de los miembros de la empresa (administradores, socios, encargados del servicio, etc.) se llevará a cabo en el tipo penal concreto y en relación con las normas extrapenales que regulan este deber específico”.

⁴³² DE SOTO CARNIAGO, J.J., “El falseamiento... cit., p. 448.

Haciendo una síntesis de lo anterior, para estos autores: 1º.- la conducta típica del artículo 290 del Código Penal, no presenta naturaleza falsaria, sino defraudatoria, siendo el documento sobre el cual el administrador lleva a cabo la falsedad la prueba del engaño que pretende con su comportamiento; 2º.- consideran que la conducta típica no encaja con las modalidades falsarias contenidas en el artículo 390.1 del Código Penal, salvo la falsedad ideológica de su apartado cuarto, no obstante lo cual, dado que quien falta a la verdad en la narración de los hechos es un particular, resultará impune en atención a lo previsto en el artículo 392 de la norma penal, que contiene la falsedad en los documentos mercantiles y excepciona la modalidad ideológica expresamente, careciendo por tanto de sentido que dicha atipicidad no opere en el caso del delito societario objeto de estudio; 3º.- existen otros factores que apuntan hacia una naturaleza distinta a la falsaria, en concreto, la protección de la veracidad de la información social como bien jurídico y la función de los documentos consistente en reflejar fielmente la situación económica y jurídica de la entidad, más cercanos a la defraudación, y la posibilidad de que el delito pueda cometerse tanto por acción como por omisión⁴³³, modalidad esta última más difícil que pueda tener lugar en el caso de las falsedades documentales⁴³⁴, y lo que de nuevo les hace considerar que se trata de una conducta la del artículo 290, más cercana a la estafa.

Frente a esta tesis, para la mayoría de la doctrina el delito de alteración de las cuentas anuales, efectivamente se trata de una figura de falsedad documental, que habitualmente se producirá a través de la modalidad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos contenida en el apartado 4º del artículo 390.1 de la norma penal sustantiva, siendo una excepción a la impunidad prevista

⁴³³ Cuestión ésta que abordaré más adelante.

⁴³⁴ DE SOTO CARNIAGO, J.J., “El falseamiento... cit., p. 448.

en el artículo 392.1⁴³⁵. En relación con esta naturaleza de delito de falsedad, ya me referí en anteriores líneas a FARALDO CABANA, cuando pone de manifiesto, de una parte, que el delito del artículo 290 no sólo se trata de un supuesto de falsedad ideológica, sino que también incluye el resto de falsedades materiales descritas en el artículo 390.1 del Código Penal⁴³⁶, y de otra parte, que

⁴³⁵ Así, entre otros, MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 20, para quien “si la razón de ser del precepto citado es dispensar, desde el punto de vista penal protección al principio de la imagen fiel de las sociedades mercantiles, carecería de sentido una interpretación del precepto que limitara la conducta falsaria a las falsificaciones de los tres primeros apartados del artículo 390. Las más de las veces, por no decir prácticamente todas, la falsificación de las cuentas anuales o de esos otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad se lleva a cabo ideológicamente, consignando en los mismos datos que no se corresponden a la realidad, es decir, faltando a la verdad en la narración de los datos jurídicos o económicos mediante artificios contables consistentes en aumentar o disminuir ficticiamente las diversas partidas”.

También la doctrina jurisprudencial se ha manifestado mayoritariamente en orden a la calificación del delito contenido en el artículo 290, como un delito que consiste en una falsedad documental, la cual tiene lugar principalmente a través de la falsedad ideológica. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268), señala que “La conducta descrita en este tipo penal constituye una modalidad delictiva falsaria. De hecho, como se desprende de STS 867/2002, 29 julio (RJ 2002, 6357) y 259/2013, 19 marzo (RJ 2013, 3508), este precepto encierra de forma específica (...una modalidad delictiva falsaria), que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, constituyendo una verdadera modalidad falsaria, en que su componente esencial es falta de forma esencial a la verdad en la narración de los hechos”. De entre las citadas en la anterior Sentencia, por ejemplo la del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013\3508), señala cómo “La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el tipo previsto en el art. 290 del CP encierra una modalidad falsaria. De hecho, hemos llegado a afirmar que aquel precepto encierra de forma específica <<...una modalidad delictiva falsaria>>, que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Constituye una verdadera modalidad falsaria en que su componente esencial es faltar a la verdad en la narración de los hechos... (cfr. STS 867/2002, 29 de julio). Y es que aunque el legislador resultó condescendiente con las falsedades ideológicas en términos generales, al mismo tiempo, a lo largo de numerosos artículos del Código Penal, introduce figuras concretas de falsedades ideológicas que por su especial relevancia con bienes jurídicos especialmente protegidos son elevadas de manera específica a la categoría de delitos. Esto sucede, entre otros casos, en los delitos societarios en relación con la obligación de que las actividades societarias, que tanto repercuten sobre la vida económica de un país, reflejen de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados. Por esta razón, faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el art. 290 del CP (STS 1256/2004, de 10 de diciembre)”. Vid. también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de febrero de 2008 (JUR 2008\165748).

⁴³⁶ FARALDO CABANA, P., *El delito...*, p. 35. En el mismo sentido, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Delitos... cit., p. 586, JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos...* cit., p. 23; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 20; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 88; o SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit., p. 1.060. También la Fiscalía General del Estado, en su Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, “Alcance... cit., pp. 725 y ss.

los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsedad del artículo 290, no se tratan de simples documentos privados, sino de documentos mercantiles con fuerza probatoria que, en atención a su naturaleza, tienen y desempeñan funciones imprescindibles en el tráfico económico, sirviendo de cauce de información clara y veraz sobre la situación económico-jurídica de la sociedad a los socios y terceros⁴³⁷. Excepción a la impunidad de la falsedad ideológica justificada, ya en la importancia que presentan las sociedades en el tráfico jurídico y la economía de mercado, teniendo en cuenta el esencial papel de las mismas como agentes económicos, ya en la importancia del bien jurídico protegido, que se ha hecho merecedor de protección penal frente a los ataques más graves.

En relación con estas dos tesis, en orden a la toma de postura, no comparto la opinión de los autores que consideran que la conducta del artículo 290 del Código Penal tiene naturaleza defraudatoria, ya que supone una apertura del tipo excesiva e indebida. En primer término, de forma excesiva, al admitir que el comportamiento que pueda tener lugar sea amplísimo, cuando por el contrario, como he indicado y justificado en líneas anteriores, se trata de un delito que fundamentalmente excepciona la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por particular, que sólo puede ser llevado a cabo por el administrador de derecho o de hecho, no por cualquiera, y sobre unos documentos concretos de entre todos los privados, los mercantiles que reúnan unas determinadas características, entre ellas, y así lo he defendido, la de obligado acceso al Registro Mercantil, exigiéndose además la idoneidad de dicha falsedad para que pueda producir perjuicios patrimoniales o, lo que es lo mismo, excluyéndose aquellas conductas que no sean susceptibles de causar dicho perjuicio. Debe tenerse en cuenta además que mientras que el artículo 290, entendido como figura falsaria, sólo podrá llevarse a efecto a través de las cuatro modalidades previstas en el artículo

⁴³⁷ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 35.

390.1⁴³⁸, de opinarse que nos hallamos en presencia de una figura defraudatoria podría tener lugar a través de cualquier tipo de comportamiento orientado a tal fin. Por consiguiente, a mi modo de ver, no se compadece el carácter excepcional y de aplicación restrictiva que presenta este delito, con un comportamiento tan amplio como el defraudatorio. Y en relación con este carácter defraudatorio al que apunta la primera de las tesis doctrinales expuestas, debe tenerse en cuenta que en la “falsedad” también cabe cualquier tipo de engaño, dando igual cómo se produzca, salvo que el mismo debe revestir alguna de las modalidades enumeradas en el artículo 390.1; posibilidad de que quepa cualquier tipo de engaño que no significa, ni permite interpretar automáticamente, que quien lleva a cabo tal comportamiento falsario pretenda engañar como principal objetivo o finalidad. Por tanto, frente a la idea de que el documento sobre el cual el administrador lleva a cabo la falsedad, en realidad es la prueba del engaño que persigue con su comportamiento, aun admitiendo que con la citada falsedad se produce un engaño, como en toda falsedad, la finalidad de dicho comportamiento no consiste en que la sociedad, un socio o un tercero lleve a cabo una disposición patrimonial injusta, en su propio perjuicio o en el de otros, ya que el administrador de derecho o de hecho puede actuar motivado en orden a lograr muchos otros intereses o fines distintos al de estafar.

En segundo lugar, los autores que defienden una naturaleza defraudatoria, “abren el tipo” de forma indebida; admitir que a pesar de emplearse la palabra “falsear” en el artículo 290 del Código Penal, en realidad lo que se está definiendo es un comportamiento defraudatorio, atentaría contra la seguridad jurídica –y puede que incluso contra el principio de legalidad-, pues si el legislador hubiera pretendido que el delito de falsedad de las cuentas anuales y de

⁴³⁸ Si bien es cierto que, como vengo manteniendo a lo largo del presente estudio, a pesar de técnicamente es posible que la falsedad contable pueda tener lugar a través de las tres primeras modalidades del artículo 390.1 del Código Penal, además de la cuarta, lo cierto es que no es sencillo imaginarse que ello pueda tener lugar fácilmente, desde un punto de vista práctico o casuístico.

otros documentos jurídico-económicos de las sociedades hubiera tenido tal naturaleza defraudatoria, bien lo habría regulado como estafa, lo que sin embargo no ha tenido lugar, bien habría empleado el verbo “defraudar”, como hace en otros artículos⁴³⁹. Sobre esta cuestión, debe tenerse en cuenta el criterio gramatical como primer método de interpretación y límite a la aplicación de la norma⁴⁴⁰. Sin ánimo de extenderme en este momento sobre ello, lo cierto es que, como afirman GÓMEZ PAVÓN y BUSTOS RUBIO, *“puede afirmarse, sin ningún género de dudas que el criterio de interpretación gramatical cobra una significación especial (y reforzada) en el ámbito del Derecho penal. Ello no obsta, claro está, para que el intérprete utilice otros métodos interpretativos... a la hora de dotar de contenido a los elementos de la norma penal (del tipo penal, en definitiva), siempre que el límite máximo se establezca... en la letra de la ley”, pero “...no puede obviarse que en cualquier ordenamiento jurídico el criterio gramatical constituye el primero de los métodos interpretativos del Derecho, criterio que en el ordenamiento penal adquiere una mayor significación... Cuando nos aproximamos al estudio de una norma penal con la pretensión de dotarla de contenido, debemos atender siempre, y como límite, a los significados posibles del término en cuestión (del concreto elemento del tipo penal), pues en otro caso quebraría la función del principio de legalidad como criterio para determinar comportamientos de los ciudadanos, y se invadirían competencias del legislador, representante de la voluntad general, en un Estado de Derecho... El criterio gramatical, íntimamente conectado con el principio de legalidad, persigue, así entendido, la eliminación de todo atisbo de arbitrariedad*

⁴³⁹ Así en el caso de los artículos 305 y 307 del Código Penal.

⁴⁴⁰ Sobre el principio de legalidad y la doctrina constitucional sobre el mismo, y su relación con la interpretación de la norma penal, analizando concretamente el criterio gramatical como método interpretativo y límite a la aplicación de la ley, vid. GÓMEZ PAVÓN, P., y BUSTOS RUBIO, M., “El principio de legalidad y el criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal”, en *Revista Penal México*, núm. 6, marzo-agosto de 2014, México D.F., 2014, pp. 169 a 190. Vid. también GÓMEZ PAVÓN, P., “Cuestiones actuales del Derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, marzo de 2000, núm. 1 extraordinario, Madrid, 2000, pp. 427 y ss.

*en la interpretación y consecuente aplicación del «ius puniendi», pues garantiza el estricto sometimiento del intérprete (el juez) a la ley, vedando todo margen de arbitrio o injustificada discrecionalidad en su aplicación... Estas ideas implican, como consecuencia última, una prohibición de ampliar el ámbito de lo prohibido más allá de lo que permite el sentido de las palabras que constituyen el texto legal”*⁴⁴¹.

Retomando la cuestión, como también he indicado, discrepo de la opinión de este primer grupo de autores, cuando afirman que la conducta típica del artículo 290 no encaja con las tres primeras modalidades falsarias contenidas en el artículo 390.1 del Código Penal; e igualmente, cuando afirman que tampoco es posible la cuarta modalidad del citado precepto, como consecuencia de la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por el particular. De una parte, es posible que la falsedad en los documentos jurídico-económicos de las sociedades tengan lugar a través de cualquiera de las formas del artículo 390.1: en el caso de las dos primeras modalidades, esto es, “*alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial*” y “*simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”, considero que aun a pesar de que el contenido de las declaraciones obrantes en el documento, pudiera no ser uno de los elementos esenciales de los documentos

⁴⁴¹ GÓMEZ PAVÓN, P., y BUSTOS RUBIO, M., “El principio... cit., pp. 185 y 186. Para dichos autores, “*son dos... los aspectos que dotan de contenido, alcance y significado al principio de legalidad en sede penal y que, en consecuencia, obligan a respetar el primero de los mecanismos interpretativos de la norma: el gramatical. Por un lado, una fundamentación de carácter jurídica o técnica, que en el principio de legalidad supone una garantía de seguridad jurídica, permitiendo el conocimiento de las conductas prohibidas y permitidas, así como las penas que pueden imponerse tras su comisión, y las condiciones para su imposición y posterior ejecución. Por otro lado, una fundamentación de carácter político, que da soporte al principio de legalidad desde la idea de respeto por la representación de la voluntad general en un Estado de Derecho, como único instrumento para decidir qué es lo que está prohibido o permitido, y, por tanto, para la configuración estricta de las normas penales. La interpretación de la norma, en consecuencia, habrá de tener muy en cuenta tales postulados, que conducen a poner en primer línea el método interpretativo gramatical que atienda al sentido propio de las palabras*”. Ello no implica que las normas no puedan ser interpretadas, pero lo que no resulta posible es transgredir la letra de la ley, consistiendo ello en un juicio de adecuación y ponderación (ibídem., pp. 185 y 186).

privados, de acuerdo con los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil, sin embargo, el papel probatorio “erga omnes” que representa el Registro Mercantil y su esencialidad de cara al correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado, supone la prueba del contenido de aquellos documentos mercantiles cuya inscripción y/o registro sea obligatoria, de tal forma que, en esos casos, el contenido de los documentos pasa a ser un elemento esencial por cuanto hará prueba frente a terceros, que adquirirán una determinada percepción y conocimiento sobre el estado jurídico y contable de la sociedad en la creencia de que tal situación es la real. Y en el caso de la tercera modalidad del artículo 390.1, esto es, “*suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho*”, aun pudiendo estar de acuerdo “a priori”, con el hecho de que la falsedad bajo esta forma sólo podría tener lugar cuando la persona que genera el documento hiciera con ello prueba de la participación de las personas o de las declaraciones que hubieran emitido ante él, lo que efectivamente no parece posible en el caso de particulares, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurriría en el caso de los notarios, sin embargo opino que estos autores tampoco reparan en esta ocasión en la señalada función probatoria que cumple el Registro Mercantil, de tal forma que también en esta oportunidad, al producirse el acceso al Registro de los documentos jurídicos y contables cuya publicidad es obligatoria, se estaría haciendo prueba de las intervenciones y manifestaciones habidas, y hechas constar en los mismos, generando una legítima expectativa de veracidad.

Y en cuanto a la cuarta modalidad del artículo 390.1, esto es, “*faltando a la verdad en la narración de los hechos*”, como he indicado en varias ocasiones, sin duda es posible que la conducta descrita en el artículo 290 tenga lugar de este modo, de hecho, esta será la forma habitual en la que se lleve a cabo la falsedad por el administrador, siendo una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por particular en atención al desvalor de la acción derivada

de los hechos contenidos en el tipo. De hecho, que el artículo 392.1 del Código Penal no incluya la falsedad ideológica como modalidad, implica que el artículo 290 es, además, una excepción en el tratamiento de los documentos mercantiles, acercándolos en este supuesto al tratamiento que se proporciona a los documentos públicos y oficiales del artículo 390 de la norma penal.

Finalmente, también en referencia a los autores que afirman la naturaleza defraudatoria del primero de los delitos societarios, como ya he expresado y justificado en el Capítulo Tercero, no comparto la opinión de que el bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal sea la protección de la veracidad de la información social, tesis que además resulta contradictoria con el bien jurídico que se tutela en el delito de estafa, principal figura defraudatoria, y que se concreta en el patrimonio⁴⁴², ya entendido como un todo o en relación con alguno de sus elementos, por lo que debe concluirse que el bien jurídico consistente en la veracidad de la información social no es un elemento que acerque la falsedad del artículo 290 del Código Penal al delito de estafa o a las figuras defraudatorias en su conjunto; de la misma forma, la función de los documentos consistente en reflejar fielmente la situación económica y jurídica de la entidad, no implica de forma indefectible que nos hallemos ante un delito defraudatorio, toda vez que, como también he señalado, en los delitos de falsedad igualmente cabe cualquier tipo de engaño, si bien el mismo debe revestir alguna de las modalidades materiales o ideológicas del artículo 390.1; y finalmente, en cuanto a la posibilidad de que el delito pueda cometerse tanto por acción como por omisión, siendo la modalidad omisiva más complicada que pueda tener lugar en el caso de las falsedades documentales, sin perjuicio de estudiar más adelante las posibles formas en las que pueda tener lugar la conducta típica, el hecho cierto es que estos autores admiten que el hecho típico descrito en el artículo 290 del Código

⁴⁴² Así la mayoría de la doctrina. Entre otros, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 655; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 402; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 415.

Penal pueda tener lugar omisivamente, no es definitivo a la hora de clarificar la naturaleza que presenta la figura delictiva, máximo teniendo en cuenta el carácter excepcional que presenta en muchos de sus aspectos.

A los anteriores argumentos de contrario añadiría uno más, cual es el hecho de que el delito de estafa lo es de naturaleza patrimonial, mientras que el primero de los delitos societarios lo es de carácter socioeconómico, al menos según mi opinión, de tal suerte que no parece correcto identificar el delito de falsedad en documentos sociales con el de estafa, habida cuenta de la existencia de este elemento diferenciador.

En relación con los autores que sí consideran que estamos ante un delito de falsedad documental, afirman que podrá tener lugar a través de cualquiera de las cuatro modalidades materiales e ideológicas del artículo 390.1 del Código Penal, en tanto que en el artículo 290 no se excluye ninguna de las modalidades expresamente, como por el contrario sí sucede en el caso de los artículos 392 y 395⁴⁴³. También la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado a favor de la posibilidad de que la falsedad de los documentos sociales pueda tener lugar a través de cualquiera de las formas del artículo 390, al entender que el verbo “falsear” del precepto comprende cualquiera de dichas formas⁴⁴⁴.

Efectivamente, atendiendo a un punto de vista sistemático-legal, ya indiqué con carácter previo a abordar el estudio del bien jurídico, que sería posible entender cómo el delito contenido en el artículo 290 del Código Penal,

⁴⁴³ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 35.

⁴⁴⁴ Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, “Alcance... cit.”, pp. 725 y ss. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., entre otros, “Delitos... cit.”, p. 586, igualmente opina que es posible que el delito del artículo 290 pueda tener lugar a través de las falsedades materiales genéricas contenidas en el artículo 390.1; de una parte, considera el autor de referencia que falsificar o falsear un documento, consiste precisamente en llevar a cabo sobre el mismo alguna de las acciones descritas en el citado precepto, y de otra parte, que la no aplicación de alguna de estas modalidades requiere la expresa excepción, como en el caso de los artículos 392 y 395.

podría tener lugar a través de cualquiera de las cuatro modalidades incluidas en el artículo 390.1, dicho todo ello al margen de valoraciones dogmáticas, ya que no deja de ser cierto que en el delito societario no se produce la exclusión expresa de ninguna de las citadas modalidades de falsedad material, al contrario que sucede precisamente en los artículos 392.1 y 395, donde no se incluye la falsedad ideológica como modalidad posible a través de la cual poder llevar a cabo el delito de falsedad. Esta falta de exclusión expresa hace pensar que si en unos tipos se hace necesaria la precisión, o lo que es lo mismo, declarar para esos supuestos concretos la atipicidad de la falsedad cometida por el particular faltando a la verdad en la narración de los hechos, de la misma forma en el artículo 290 de la norma penal sustantiva debería haberse indicado la exclusión de las modalidades materiales del artículo 390.1 bajo las cuales no fuera posible llevar a efecto el hecho típico. Por el contrario, y como he justificado en líneas anteriores, desde un punto de vista dogmático, también considero posible que la falsedad contable del artículo 290 pueda tener lugar a través de las tres primeras modalidades del artículo 390.1, aunque lo habitual será que se produzca a través de la falsedad ideológica del apartado 4º.

Puede concluirse que la conducta típica en la figura contenida en el mencionado precepto consiste, empleando las palabras de SUÁREZ GONZÁLEZ, en *“falsear los documentos en los que se plasma la información de forma idónea para causar un perjuicio económico”*⁴⁴⁵, esto es, y más ampliamente, en llevar a cabo un falseamiento de la documentación que recoge o contiene la información económica y jurídica de la entidad, cuando dicho falseamiento resulte idóneo para producir un perjuicio patrimonial a la propia sociedad, sus socios o terceros.

⁴⁴⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 577.

1.2. Interpretación de las expresiones “*deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*” y “*de forma idónea para causar un perjuicio económico*”:

En relación con lo anterior, para que sea típica la falsificación de los documentos, deben cumplirse dos requisitos: el primero, que se produzca sobre aquellos documentos que “*deban*” reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad; y el segundo, que la falsedad sea “*idónea*” para producir un perjuicio de carácter patrimonial a la propia entidad, a sus socios o a terceras personas con intereses en la sociedad o que puedan llegar a relacionarse con la misma.

1.2.1. “*Deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*”:

En lo que se refiere al primero de los elementos señalados, que “*deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*” significa que “*sirvan de referencia segura para que quienes participan o quieren participar en la misma, y quienes se relacionen con ella en el mercado obtengan una imagen fiel... de sus circunstancias económicas y jurídicas*”⁴⁴⁶. Por tanto, no toda falsificación sobre un documento dará lugar al delito del artículo 290, pues es preciso que el mismo contenga información de carácter jurídico o/y de carácter económico de la entidad, lo que está reservado a los documentos de naturaleza mercantil⁴⁴⁷, documentos cuya existencia es exigida legalmente⁴⁴⁸. Pero además, no toda

⁴⁴⁶ MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos...cit., p. 404.

⁴⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 522 (CD).

⁴⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), CARDENAL MONTRAVETA, S., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., GALLEGU SOLER, J.I., GÓMEZ MARTÍN, V. y HORTAL IBARRA, J.C., *Manual... cit.*, p. 692. También, entre otros, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 219, al afirmar que “*en el delito aquí analizado es el propio tipo penal el que exige que los documentos deban reflejar la situación de la empresa. Esta situación de «deber» sólo se puede explicar si la presentación o elaboración del documento viene impuesto legalmente, sea por leyes*

falsificación sobre un documento mercantil que contenga dicha información dará lugar a este delito, sino que tales documentos habrán de ser aquellos que imperativamente tengan como función hacer constar datos de la sociedad, ya jurídicos, ya económicos, que corresponderá elaborar a los administradores⁴⁴⁹. Se trata de una cuestión que enlaza directamente con el objeto material del delito, dado que éste deberá necesariamente cumplir con las anteriores condiciones⁴⁵⁰. Como ponen de manifiesto ESCUDERO MORATALLA, FRIGOLA VALLINA, GANZENMÜLLER ROIG, GARCÍA LLAMAS, JUAN I CASADEVALL, JUFRESA PATAU y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, “*dentro del amplísimo elenco de documentos mercantiles, el delito societario sólo castiga el falseamiento de los que «deban» reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad. Se produce así, en interpretación restrictiva que huye de lo*

mercantiles (LSA o LSRL, por ejemplo) o por las leyes de las entidades de control y publicidad (Registro mercantil)”.

⁴⁴⁹ Como expone GALLEGO SOLER, J.I., “Política criminal en materia de delitos societarios”, en Mir Puig, Corcoy Bidasolo (dirs.) y Gómez Martín (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 221, en relación con la fórmula empleada “*deban reflejar*”, para la mayoría de los autores se produce una limitación teleológica del tipo, que conlleva una limitación de los documentos típicos a aquellos previstos en una norma con rango de ley, frente a una minoría de autores, que amplían dichos documentos igualmente a los previstos reglamentariamente. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 113, da un paso más allá, al exponer cómo “*el ámbito de punibilidad se contrae exclusivamente a los documentos que sean exigibles por cualquier imperativo, sea normativo o administrativo*”.

Sobre esta cuestión, no encuentro razón de peso por la que se deban excluir, al menos, los documentos cuya función relativa a mostrar la situación legal o económica de la sociedad, venga atribuida por una norma mercantil de rango reglamentario; más dudoso me parece el supuesto derivado de mandato de carácter administrativo, salvo que con tal expresión quiera aludirse a las normas de rango reglamentario. Comparto por tanto la opinión de aquellos autores que consideran, empleando las palabras de FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 375 (en igual sentido en *Los delitos... (2015) cit.*, p. 128, y en *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 155), que “*dentro del amplio género de los documentos mercantiles el delito societario sanciona las falsedades cometidas en aquellos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, esto es, aquellos respecto de los cuales el Ordenamiento jurídico prevé, por disposiciones legales o reglamentarias, que han de cumplir dicha función*”.

⁴⁵⁰ Así SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 579, al decir que “*no pueden incluirse en el ámbito típico las falsedades que se contengan en documentos mercantiles emitidos al margen de toda obligación legal y por motivos no estrictamente societarios ni los que no deban «reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad»*”.

perifrástico, un acotamiento en la clase de documentos típicamente idóneos, circunscrito a aquellos que con carácter expreso, el ordenamiento jurídico prevé por disposición expresa, y como de elaboración obligatoria por el Administrador para cumplir el fin específico de dar información a los socios y terceros de la situación económica de la entidad”⁴⁵¹. También en igual sentido, entre otros, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, al opinar que el término “*deban*” ha de interpretarse en el sentido de aquellos documentos que resultan obligatorios, los cuales además deben permitir conocer el estado real de la entidad, lo que sucede con los documentos que han de ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, según establecen los artículos 94 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil⁴⁵². Añade GONZÁLEZ RUS, que en tales documentos actúa con todo rigor el principio de autenticidad de la información, lo que excluye que todo tipo de documentos social pueda configurar el objeto material del delito⁴⁵³. En este último sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013⁴⁵⁴, señala que no todo documento es apto para ser comprendido como objeto material en el artículo 290 del Código Penal, idea “...*que está presente en la STS de 29 de julio de 2002. Tratándose además de documentos que «deban»... reflejar la situación jurídica o económica de la empresa y, por tanto, no cualquier documento que pueda o sea susceptible de tal reflejo*”.

⁴⁵¹ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos Societarios, de la Receptación y contra la Hacienda Pública. Artículos 290 a 310 del Código Penal”, en Ganzenmüller Roig (dir.), Escudero Moratalla y Frigola Vallina (coords.), *Colección de Comentarios al Código Penal de 1995, vol. 10*, Barcelona, 1998, p. 78.

⁴⁵² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 113. MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 246, en alusión al bien jurídico protegido en el artículo 290, apuntan precisamente en la línea que definiendo, al “*interés que el orden social y económico constitucional tienen en que la información que han de publicar las sociedades sea veraz. En otras palabras, que los datos societarios relevantes, y por tanto sometidos a un deber de publicación, ofrezcan una imagen fiel de la entidad*”.

⁴⁵³ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 832.

⁴⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098).

En mi opinión, y en la línea apuntada por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁴⁵⁵, habrá de tenerse en cuenta además que el hecho de que ciertos documentos reflejen una parte de la situación legal o económica de la sociedad, no implica necesariamente que puedan ser subsumidos en la expresión “*deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*”, y por tanto ser objeto material del delito, ya que por sí mismos no serán capaces de cumplir con dicha prerrogativa. Como expresa la anterior autora, “*por coherencia sistemática con el otro término de la comparación (<<cuentas anuales>>),... se impone una interpretación restrictiva, limitando la protección sólo a aquellos documentos... que reflejen la situación económica –o jurídica- global de la sociedad*”⁴⁵⁶. No obstante estar de acuerdo con lo anterior –dicho con carácter general-, la cuestión debe matizarse, pues no creo que sea predicable de los documentos que deban reflejar la situación de Derecho de la sociedad. De este modo, estando conforme en términos generales con la limitación interpretativa indicada, relativa a que sólo aquellos documentos que son capaces de reflejar la situación global de la sociedad y que además deban hacerlo –entendido como su función-, podrán ser objeto material del delito, sin embargo opino que sólo es aplicable a los documentos que muestren el estado financiero o económico, pues mientras que en el caso de éstos lo importante es que a través de los mismos pueda ser conocida la situación contable en general de la entidad, tener una idea global de su estado económico, a los efectos de conocer su devenir, con independencia de conocer concretamente los distintos capítulos o aspectos por separado, por el contrario, en el caso de los documentos que han de poner de relieve la situación legal de la empresa, deben admitirse aquellos que reflejen datos sobre su estado jurídico de relevancia, aunque no sean todos, ya que, a diferencia de las cuentas anuales, el otro término de la comparación en la interpretación del artículo 290, existen documentos que

⁴⁵⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad... cit.*, p. 27.

⁴⁵⁶ *Ibidem.*, p. 27.

sólo reflejan concretos aspectos legales de las empresas, y no todos, de tal forma que no es posible a través de los mismos conocer más que una parte del estado jurídico de la empresa o entidad, no pudiendo por tanto exigirse alcanzar el mismo conocimiento global que en el caso de los documentos de información contable, pues parece complejo pensar en un documento que refleje plenamente y de forma unitaria la situación legal de las sociedades⁴⁵⁷.

Por consiguiente, mientras que en el caso de los documentos económicos deberá exigirse su capacidad para reflejar el estado contable global de la entidad, en el supuesto de los documentos jurídicos habrá de admitirse como objeto material del delito aquellos documentos que reflejen algún aspecto importante de la situación legal –y real- de la sociedad y que legalmente sea el cauce para ello.

Finalmente, también en relación con la expresión “*deban reflejar*”, comparto la opinión –ahora sí plenamente- de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁴⁵⁸, acerca de la cual los documentos deben ser exclusivamente aquellos susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, en coherencia con lo indicado en líneas anteriores acerca del papel probatorio “*erga omnes*” que representa dicho Registro y su primordial papel en orden al correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado, y que supone la prueba del contenido de aquellos documentos mercantiles cuya inscripción y/o registro sea obligatoria. En relación con este aspecto, del todo esencial, de nuevo he de hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013, parcialmente reproducida con anterioridad, la cual es precisa al señalar que

⁴⁵⁷ Además, como afirma SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit., p. 118, el empleo de la expresión “*situación jurídica*” de la sociedad, únicamente puede explicarse “*por el ánimo omnicomprendivo de la fórmula elegida, ya que de ordinario, será difícil encontrar un documento que sólo refleje la situación jurídica de la sociedad*”.

⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 49, Madrid, 1996, p. 440.

*“gran número de disposiciones legales, cuidan especialmente que estos documentos mercantiles específicos reflejen de manera exacta y fiel la vida económica de la empresa. El Código de Comercio (artículo 42) y las Leyes de Sociedades Anónimas (art. 171) y (Sección Quinta del capítulo IV) de la Ley de Responsabilidad limitada (art. 84) establecen los criterios de formulación de las cuentas anuales y balances. Su consideración como instrumentos de publicidad frente a terceros, se recoge en el Capítulo III, del Título III del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 329 a 342. Se trata pues de aquellos documentos a los que las entidades mercantiles están obligados a hacer públicos ya que el recto funcionamiento de una economía exige que los distintos agentes económicos y financieros se atengan al principio de la buena fe, dentro del que cabe incluir el de la «veracidad» de los datos que sobre su situación económica vengan obligados a hacer públicos, ya que de nada serviría imponer obligaciones de publicidad, para general conocimiento de los agentes del mercado, si no fueran acompañados de paralelos deberes de transparencia y veracidad. El principio de imagen fiel que rige los deberes contables y la publicidad de los balances y las cuentas anuales, conforme a las normas de las reformas del Código de Comercio (artículo 34.2) y la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 172.2), viene a recoger la necesidad de que los datos económicos más relevantes que reflejan la situación de una empresa y que son de publicación obligatoria ofrezcan un reflejo de la misma que responda a su realidad”*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098). También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de marzo de 2013 (ARP 2013\497), señala que el conocimiento de la situación veraz del estado jurídico-económico de la entidad, “está conectado con el principio rector del moderno Derecho mercantil de que el recto funcionamiento de una economía libre de mercado exige que los distintos agentes económicos y financieros se atengan al principio de buena fe, dentro del que cabe incluir el de la veracidad de los datos que sobre su situación económica y jurídica verán obligados a hacer públicos”. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 25 de octubre de 2007 (JUR 2008\78653) y las en ella citadas, al destacar cómo los documentos sobre los que recae el delito, son aquéllos que deben permitir ofrecer la imagen fiel y real de la entidad, partiendo de que ésta opera en el mercado y bajo publicidad registral.

1.2.2. “De forma idónea para causar un perjuicio económico”:

En cuanto al segundo de los elementos, que la falsedad sea “*idónea*” para producir un perjuicio de carácter patrimonial a la propia entidad, a sus socios o a terceras personas con intereses en la sociedad o que puedan llegar a relacionarse con la misma, como afirma LUZÓN CUESTA, “*la acción de falsear no se satisface con la mera mendacidad, sino que ha de ser idónea para causar un perjuicio económico*”⁴⁶⁰. En este sentido, GÓMEZ RIVERO, CORTÉS BECHIARELLI, NIETO MARTÍN, NÚÑEZ CASTAÑO y PÉREZ CEPEDA, entienden que la figura del artículo 290 del Código Penal, “*se trata de un delito de aptitud o idoneidad para la causación de un resultado lesivo*”, idoneidad que requiere ser constatada en cada caso en concreto, no siendo por tanto suficiente la mera falsificación de las cuentas anuales, sino que “*es preciso que hayan sido incorporadas al tráfico jurídico para que surtan efectos en él y sean aptas para afectar al bien jurídico*”⁴⁶¹.

Efectivamente, el artículo 290 introduce expresamente la necesidad de que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico, no siendo suficiente la intención de causarlo, sino que la falsedad debe ser objetivamente idónea para producir ese daño patrimonial⁴⁶². Como pone de manifiesto NÚÑEZ CASTAÑO,

⁴⁶⁰ LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 207.

⁴⁶¹ GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 510. Añaden estos autores que en concreto, no es suficiente la mera falsificación de las cuentas anuales, sino que es preciso que las mismas hayan sido sometidas a Junta General de accionistas, siendo irrelevante a estos efectos que finalmente sean o no aprobadas. En este sentido, discrepo con esta última precisión, pues lo relevante a efectos de consumación, como tendré ocasión de decir más adelante y en coherencia con el bien jurídico, será necesaria la publicación de dichas cuentas en el Registro Mercantil.

⁴⁶² PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 413; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Delitos... cit.*, p. 600; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 330.

En relación con esta cuestión, como expone PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 413 y 414, los autores que defienden que en realidad el delito del artículo 290 es de naturaleza defraudatoria y no

se trata pues de un requisito añadido a la descripción de la acción típica que, como tal, obliga a interpretar el alcance de dicha idoneidad⁴⁶³.

En relación con este alcance de la idoneidad señalada en el artículo 290, la anterior autora señala cuáles serían las distintas posturas doctrinales sobre este particular⁴⁶⁴. De una parte, habría un primer grupo de autores, entre los que se encuentra FARALDO CABANA, para los que la falsedad habrá de ser idónea para inducir a error al hombre medio, esto es, deberá ser creíble para los sujetos destinatarios de la declaración falsa. En este sentido, opina FARALDO CABANA que rigen criterios de imputación objetiva para determinar la relevancia típica que se exige a la falsedad, en el sentido de que ha de tratarse de una conducta de una entidad bastante para crear el riesgo típico frente al bien jurídico protegido, siendo adecuadas las mentiras objetivamente idóneas, en una consideración “ex ante”, para inducir a error, debiendo realizarse un juicio de probabilidad para comprobar si esas mentiras inducen o no en un alto número de ocasiones al error del hombre medio⁴⁶⁵. Frente a esta opinión, un segundo sector doctrinal, entre ellos NUÑEZ CASTAÑO⁴⁶⁶, afirma que junto con la necesaria idoneidad para producir el engaño en otra persona, es necesaria la capacidad para producir un perjuicio patrimonial. En consecuencia, no sólo se trataría de una idoneidad para producir el engaño en el tercero al que va destinada la mentira,

falsaria, opinan que el requisito de la idoneidad ha de interpretarse en referencia al engaño propio de los tipos de fraude, concretamente, a que el mismo se constituya como un engaño bastante, de tal forma que cuando el tipo exige aptitud a la falsedad para la causación del perjuicio económico, lo que el legislador está imponiendo al intérprete de la norma es que valore si el medio defraudatorio empleado es adecuado para la lesión del patrimonio, a cuyo efecto deberán seguirse los parámetros de la teoría de la imputación objetiva en relación a los criterios que servirán para determinar la creación de un riesgo típico para el patrimonio en el delito de estafa.

⁴⁶³ NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa de crédito*, p. 442.

⁴⁶⁴ *Ibidem.*, pp. 442 a 445.

⁴⁶⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) *cit.*, p. 379, y *Los delitos...* (2015) *cit.*, p. 136.

⁴⁶⁶ NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* *cit.*, p. 443.

sino igualmente de una adecuación para producir el perjuicio patrimonial⁴⁶⁷. Y finalmente, autores como MATA Y MARTÍN, identifican la aptitud para causar un perjuicio económico como elemento subjetivo del injusto que lleva implícito un ánimo específico en el autor⁴⁶⁸.

NÚÑEZ CASTAÑO⁴⁶⁹ rechaza la primera de las opciones, por cuanto no considera suficiente la mera inducción producida en un tercero para que actúe bajo engaño, sino que junto con lo anterior será preciso que la mentira tenga capacidad para que pueda causar una lesión en el patrimonio, no pudiendo desvincularse las expresiones “*de forma idónea*” y “*para causar un perjuicio patrimonial*”. Asimismo, descarta la tercera de las opciones, en la medida en que esta última expresión no puede ser interpretada de forma separada a la primera, teniendo en cuenta además que, en atención al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, no sería la voluntad del legislador la consideración de dicha cláusula como elemento subjetivo del injusto. Habría de añadirse además, en relación con esta tercera opción, que, a diferencia de la redacción del artículo 290.1 del Proyecto de Código de 1994, el texto vigente no permite interpretar, de acuerdo con su literalidad, que la expresión “*de forma idónea para*” se refiera a un elemento subjetivo del injusto⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Debe señalarse cómo FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 155, aclara estar plenamente de acuerdo con la opinión de NÚÑEZ CASTAÑO, E., relativa a la necesidad de que igualmente la mentira presente aptitud para causar un perjuicio económico en la propia entidad, sus socios o terceros, pero matiza que ello forma parte del estudio del resultado y no de la acción típica.

⁴⁶⁸ MATA Y MARTÍN, R.M., “Los delitos societarios en el Código penal de 1995”, en *Revista de Derecho de Sociedades, año 1995-III, n° 5*, Pamplona, 1995, p. 9.

⁴⁶⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 442 a 445.

⁴⁷⁰ A ello ha aludido precisamente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 380.

A mi modo de ver, considero acertada la propuesta en virtud de la cual no sería suficiente identificar la “idoneidad” exclusivamente con la mayor probabilidad de que un hombre medio fuera inducido a actuar erróneamente por engaño o, dicho de otra forma, por haber tenido una percepción irreal de la situación jurídico-económica de la entidad, esto es, como efecto de la alteración del documento, sino que además es preciso que esa “idoneidad” venga referida a que tal engaño o percepción incorrecta resulten adecuados para que, una vez producidos, puedan originar un perjuicio patrimonial⁴⁷¹. En este sentido, resulta esencial tanto que no nos hallemos ante una mentira absurda, difícilmente capaz de producir un engaño o percepción errónea jurídico-penalmente relevante⁴⁷², como que la mentira, el engaño o la percepción equivocada tengan la capacidad de causar en la sociedad, los socios o los terceros, un perjuicio de carácter patrimonial, siendo esta la opinión mayoritaria en la doctrina⁴⁷³. FERNÁNDEZ TERUELO hace referencia a la doble aptitud que reclama este delito societario, esto es, de una parte, como todo delito de falsedad documental, la necesidad de que se distorsione la realidad de forma idónea para confundir, para producir error, y de otra parte, la expresamente exigida en el artículo 290.1 del Código Penal, la idoneidad para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a terceros⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Dicho sea sin que ello signifique, en mi opinión, que el resultado en el artículo 290 del Código Penal sea el perjuicio patrimonial, como justificaré más adelante.

⁴⁷² Como señala la doctrina jurisprudencial, deben rechazarse los supuestos de comportamientos falsarios burdos. Así, por citar alguna, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 9 de junio de 2014 (ARP 2014\682).

⁴⁷³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo..., cit., p. 2.218; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 34; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Delitos... cit.*, p. 600; NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 443. SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 578, recoge igualmente esta idea, al decir que “la exigencia de la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio permite establecer una doble restricción en el ámbito típico. Por una parte, excluir aquellos comportamientos que a pesar de ser en sí mismos falsos, son irrelevantes por no afectar ni a la situación jurídica ni económica de la sociedad... Por otra, convertir en atípicos aquellos comportamientos falsarios burdos que son perceptibles por cualquiera”.

⁴⁷⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 171. Para el autor de referencia, la aptitud específica del artículo 290.1 absorbe a la propia de los delitos de falsedades, puesto que si la

1.3. El “perjuicio económico”:

Del mismo modo, el “*perjuicio*” al que se alude en el artículo 290, no se configura como un elemento subjetivo del injusto, sino que se trata objetivamente de un elemento descriptivo de la tipicidad, siendo por ello indiferente cuál era la intención del autor del hecho al llevarlo a cabo, exigiéndose que la falsificación sea idónea para producirlo en el patrimonio de la propia entidad, el de sus socios o el de terceros⁴⁷⁵; dicho “a sensu contrario”, la ausencia de la idoneidad para causar el perjuicio, excluye la tipicidad de la falsedad⁴⁷⁶. Contrariamente a esta idea, el mismo Proyecto de Código Penal de 1994, preveía expresamente que la falsedad en los documentos se llevara a cabo con el propósito de “*causar un perjuicio económico a la misma [la sociedad], a alguno de sus socios, o a un tercero*”, previsión finalmente no recogida en el vigente artículo 290⁴⁷⁷. Por tal motivo, no comparto la opinión de los autores que consideran que el fin al que se orienta el comportamiento, la finalidad de quien lo lleva a cabo es la causación de un perjuicio patrimonial⁴⁷⁸, sino que, como acabo de indicar, la del artículo 290, no será necesariamente la de causar un perjuicio económico ni a la entidad, ni a los socios, ni a terceros, posibilidad o idoneidad

conducta es apta para causar un perjuicio, igualmente lo debe ser para causar un error, al ser aquél consecuencia de éste.

⁴⁷⁵ En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 833. Según criterio jurisprudencial, precisamente la falsedad del artículo 290 se distingue de la falsedad documental de los artículos 390 y siguientes, en la exigencia del perjuicio económico como elemento normativo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896)).

⁴⁷⁶ Como afirma MUÑOZ CUESTA, J., “El delito... cit., pp. 21525 a 21528, la idoneidad de la falsedad puede identificarse como la relación de causalidad que habrá de existir entre la conducta falsaria y el posible o potencial perjuicio que la misma pueda causar.

⁴⁷⁷ Sobre este particular, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 59 y 60, expone cómo frente a la redacción del Proyecto de 1994, el Código de 1995 sin embargo “*no vincula la existencia del delito a la causación de ningún tipo de daño económico efectivo y constatable y se limita a exigir simplemente que el falseamiento resulte apto o idóneo para provocarlo*”. Vid. también LUZON CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 197.

⁴⁷⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 578; MUÑOZ CUESTA, J., “El delito... cit., pp. 21525 a 21528.

para causar un perjuicio que, como diré más adelante, sin embargo deberá ser abarcada en todo caso por el dolo; se trata de un elemento delimitador del hecho típico, en el sentido de que sólo aquellas falsedades en la documentación jurídica o económica capaces de causar ese perjuicio patrimonial, serán subsumibles en el precepto, mientras que las falsedades en la documentación que no sean capaces de causar tal daño, que no sean idóneas para ello, serán atípicas de acuerdo con la literalidad del artículo 290, e igualmente, desde el artículo 392, en tanto en que, como he indicado en líneas anteriores, nos encontramos ante un delito consistente en una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por un particular.

Dicho perjuicio debe ser económico, lo que implica que ha de ser valuable en dinero, excluyéndose que pueda presentar otra naturaleza diferente a la patrimonial⁴⁷⁹, pudiendo consistir en un detrimento patrimonial tanto por su efectiva disminución como por su no incremento⁴⁸⁰. CONDE-PUMPIDO FERREIRO señala que los perjuicios comerciales o de imagen de la entidad sí podrían encajar en el concepto de perjuicio referido en el artículo 290 del Código Penal, cuando tales perjuicios se traduzcan en daños o pérdidas patrimoniales o repercutan negativamente en los beneficios⁴⁸¹. Y asimismo, GALLEGO SOLER hace alusión a cómo la puesta en peligro del patrimonio, puede ser concebida como un supuesto concreto de perjuicio patrimonial, el cual operaría de manera general en el contexto de los negocios jurídicos sinalagmáticos; tal sería el caso, por ejemplo, de la adquisición de acciones o participaciones sociales por un

⁴⁷⁹ Por todos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 284; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos...cit.”, p. 404; MUÑOZ CUESTA, J., “El delito... cit.”, pp. 21525 a 21528.

⁴⁸⁰ DE SOTO CARNIAGO, J.J., “El falseamiento... cit.”, p. 449.

⁴⁸¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, pp. 284 y 285. En igual sentido MUÑOZ CUESTA, J., “El delito... cit.”, pp. 21525 a 21528, para quien deben incluirse los perjuicios por causa del mal nombre o pérdida de crédito de la sociedad, por cuanto tienen un componente económico medible.

precio superior al que tendrían de no haber sido falsificados determinados documentos contables, supuesto en el que se estaría perjudicando patrimonialmente al adquirente⁴⁸².

Finalmente, en lo que se refiere al importe o cuantía del perjuicio, como en muchas otras figuras delictivas, el artículo 290 del Código Penal guarda silencio, si bien, como es opinión de SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, no importará el montante del perjuicio económico que se cause a la sociedad, sus socios o terceros, puesto que sólo tendrá efectos en la fijación de la correspondiente responsabilidad civil⁴⁸³. En relación con esta cuestión, teniendo en cuenta la exigencia del requisito analizado consistente en la idoneidad que ha de presentar la falsedad para causar un perjuicio de carácter patrimonial, sin que sea preciso por tanto su efectiva producción para entender consumado el delito⁴⁸⁴, como expondré más adelante, efectivamente debe interpretarse como indiferente el importe o cuantía del perjuicio que pudiera ocasionarse o que finalmente se hubiera producido. Del mismo modo, no procederá la aplicación del criterio de la “insignificancia” para distinguir aquellos supuestos relevantes a efectos penales de los que no lo son en atención a la escasa entidad del mismo, toda vez que cuando se habla de esa “insignificancia”, se está haciendo referencia a los supuestos en los que una conducta aparentemente es encuadrable en una descripción legal, pero sin embargo el ataque al bien jurídico que se tutela en la misma aparece como insignificante o sin la suficiente relevancia⁴⁸⁵, por lo

⁴⁸² GALLEGO SOLER, J.I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002, pp. 440 y ss. El mismo, “Política... cit., pp. 233 y 234.

⁴⁸³ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 543.

⁴⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268).

⁴⁸⁵ LUZÓN PEÑA, D.M., “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en Luzón Peña y Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Navarra, 1995, p. 22. BUSTOS RUBIO, M., “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal”, en *Revista Penal*, núm. 35, Enero 2015, Valencia, 2015, p. 37.

que sólo si se considera que el bien jurídico que se protege en la figura del artículo 290 del Código Penal es el patrimonio, podría ser de aplicación este principio⁴⁸⁶.

En palabras de BUSTOS RUBIO, M., en su artículo inédito *El criterio de la insignificancia en la teoría jurídica del delito: tres cuestiones a examen*, “el principio de insignificancia es el resultado de una inferencia directa del principio de intervención mínima del Derecho penal en su vertiente de fragmentariedad, principio que influye sobre la concepción del Derecho positivo desde un punto de vista crítico. La imprecisión del legislador en la descripción de los tipos penales (los denominados tipos abiertos), así como la carencia de mecanismos por parte de éste para precisar al milímetro las conductas típicas abocan inevitablemente a que ciertos comportamientos insignificantes se filtren en el seno del delito. Esta inflación de los tipos penales reclama ferviente una interpretación adecuada y coherente con el principio de lesividad y el carácter fragmentario del Derecho penal. Obviamente el principio de insignificancia formará parte de la dogmática penal misma, pues no deja de constituir un método científico de investigación para el jurista, orientado a la consecución de un sistema penal coherente. Pero ello no implica que este criterio se constituya a modo de categoría dogmática autónoma en la teoría del delito: más bien es un criterio de interpretación que influye sobre la construcción y entendimiento de una categoría dogmática (más adelante analizaremos si hablamos de tipicidad o antijuricidad). Se trata de interpretar restrictivamente una categoría dogmática ya existente, coadyuvando a su entendimiento (a su afirmación o negación) desde una óptica teleológica, más no una categoría independiente en sí misma considerada. El criterio de insignificancia no se obtiene de ninguna norma en particular, sino mediante el ejercicio de una interpretación teleológica. El entendimiento de la insignificancia como principio interpretativo resulta por lo demás positivo, dado el examen de un supuesto de hecho concreto, dotado de innumerables connotaciones y particularidades, reclama la utilización de criterios flexibles que permitan resolver con coherencia los diferentes casos que acontecen en una sociedad mutable. Los principios del Derecho son genéricos, abstractos y se encuentran sujetos a la prudente ponderación del juzgador, lo que no es una excepción en Derecho penal”.

⁴⁸⁶ Tal es el caso por ejemplo de FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los Delitos...* cit., p. 178, en cuya opinión “El principio de importancia relativa, disculpa la estricta aplicación de los principios contables cuando las consecuencias o variaciones sean escasamente significativas. Este principio contable encuentra adecuado correlato en el principio penal de insignificancia, que permite considerar atípicas determinadas conductas que, pese a encajar formalmente en la descripción típica y contener cierto desvalor jurídico, en el caso concreto el grado de injusto es mínimo. Por lo tanto, sólo se deberán reprimir penalmente las falsedades que provoquen un perjuicio o una aptitud de perjuicio de alguna entidad”.

1.4. Tipo de delito en atención a la intensidad de ataque al bien jurídico⁴⁸⁷:

Con carácter previo al estudio del tipo de delito ante el que nos hallamos, a tenor de la intensidad del ataque que se produce al bien jurídico protegido, es necesario recordar brevemente lo dicho en líneas anteriores en cuanto a las principales corrientes de opinión relativas precisamente al interés jurídico tutelado en el artículo 290 del Código Penal, ya que no es posible efectuar el análisis de este apartado sin tener presente el objeto directo de protección de esta figura. En este sentido, en el Capítulo Tercero hice referencia a dos principales grupos de autores, ambos con un elemento común, el patrimonio como bien inmediatamente tutelado.

El primero de ellos está conformado por aquellos autores que vienen a considerar que el objeto inmediato de tutela en el artículo 290 es, con carácter exclusivo, el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, así como su seguridad⁴⁸⁸. Para estos autores, este objeto de protección está supeditado a que efectivamente pueda derivarse un perjuicio económico para alguno de los citados sujetos, condicionante que se compadece con la exigencia incorporada en el precepto acerca de la necesidad de una idoneidad de los hechos llevados a cabo por el autor para poder causar tal resultado lesivo⁴⁸⁹. Así, esta nota diferencial

⁴⁸⁷ Acerca de los tipos de delito según la relación con el bien jurídico, vid. por todos MIR PUIG, S., *Derecho... cit.*, pp. 239 a 241.

⁴⁸⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 164 y ss.; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 92; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 541.

⁴⁸⁹ Por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 166 y 167, para quien, como ya indiqué, la existencia en el artículo 290 de la idoneidad para causar el perjuicio o el peligro de perjuicio patrimonial, hace que nos hallemos “ante un delito exclusivamente patrimonial, en el que, al proteger la veracidad de la información social, lo que realmente se estaría amparando son los intereses patrimoniales de los distintos sujetos a quienes la misma se dirige”, y ello porque la falsedad contenida en el precepto objeto de estudio no es más que un medio a través del que se logra

existente en el artículo 290 con respecto a los delitos de los artículos 390 y siguientes del Código Penal, esto es, la exigencia de idoneidad de los hechos para producir un perjuicio de carácter económico, justifica y fundamenta que el bien jurídico protegido en este delito societario se distancie del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental generales, centrándose en el patrimonio.

Y el segundo grupo lo forman los autores que opinan que nos hallamos ante un delito pluriofensivo y que, por tal motivo, existe, además del patrimonio, otro interés jurídico tutelado de forma inmediata⁴⁹⁰. Dentro de este segundo grupo de autores o dentro de esta segunda corriente doctrinal, pueden distinguirse a su vez dos opiniones bien diferenciadas: de una parte, la de aquellos que consideran que el segundo objeto de protección es coincidente con el de las falsedades documentales de los artículos 390 y siguientes del Código Penal, siendo éste mayoritariamente la funcionalidad de los documentos⁴⁹¹; y la de aquellos en cuya opinión, junto con el patrimonio, se estaría protegiendo otro u

el beneficio y se causa el perjuicio patrimonial, sin que sea imprescindible la búsqueda de otros intereses vinculados a las falsedades documentales genéricas.

⁴⁹⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., pp. 94 y 95; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 370, y *Los delitos...* (2015) cit., p. 120; GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones...* cit., p. 508; LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio...* cit., p. 207; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...* (PE) cit., pp. 373 y 374; el mismo, *Derecho penal económico y...* cit., p. 207; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24^a. Delitos... cit., p. 720.

⁴⁹¹ Como igualmente apunté en su momento, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., pp. 369 y ss., y *Los delitos...* (2015) cit., pp. 118 y ss., por citar a alguno de estos autores, opina que se trata de una figura a través de la cual se protege también la funcionalidad de los documentos sociales, como ya se ha indicado en anteriores líneas, bien jurídico protegido según la autora en las falsedades documentales de los artículos 390 y siguientes del Código Penal. En este sentido, justifica la concurrencia del bien jurídico patrimonial con respecto a aquellas falsedades en la necesidad de que esta falsedad en los documentos contables sea idónea para causar un perjuicio patrimonial, de tal forma que en tanto se justifica la figura societaria por esta mayor gravedad, correlativamente debe traer su causa en la necesidad de distintos bienes jurídicos a proteger. Sobre la funcionalidad de los documentos junto como patrimonio como bien jurídico, también, entre otros, ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos cit., pp. 60 y 85; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...* (PE) cit., pp. 377 y 378; o ROCA AGAPITO, L., “Lección 24^a. Delitos... cit., p. 720.

otros bienes jurídicos no coincidentes con los propios de delitos de falsedad documental o, al menos, con aquellos que mayoritariamente han sido definidos por la doctrina en relación con los mencionados delitos⁴⁹². Los primeros autores de estos dos subgrupos, minoría, se definen en una zona intermedia en lo que se refiere al interés objeto de tutela, admitiendo, de una parte, que el bien jurídico es coincidente con alguno de los definidos en el caso de las falsedades documentales del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, pues el artículo 290 no deja de ser un delito de falsedad documental como aquéllos, y de otra, admitiendo igualmente que la especialidad que presenta el artículo 290, consistente en la idoneidad de poder causar un perjuicio patrimonial en la sociedad, los socios o terceros, es un elemento que no se exige en el resto de falsedades documentales y que por ello supone la existencia del patrimonio como un interés original de inmediata protección, hallándonos por tanto ante una figura de carácter pluriofensivo. Y los segundos autores, mayoría, dan un paso más en cuanto a la desvinculación del bien jurídico del artículo 290 y del bien jurídico de los delitos de falsedad documental, al entender que, además del patrimonio, se estarían protegiendo otra serie de intereses adicionales que no se identificarían “a priori” con intereses tutelados en las figuras de falsedad documental, siendo un delito por tanto pluriofensivo que nada tiene que ver con los delitos de falsedad documental en lo que se refiere a su objeto de inmediata tutela.

En cualquier caso, como acabo de indicar, todas estas corrientes de opinión tienen en común la consideración del patrimonio como bien jurídico

⁴⁹² Así entre otros LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio... cit.*, p. 207, para quien el delito del artículo 290 del Código Penal se trata de una figura pluriofensiva, siendo uno de sus bienes objeto de protección los intereses patrimoniales de los destinatarios de la información societaria; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 94 y 95, protegiéndose tanto intereses patrimoniales como el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la realidad jurídica y económica de la entidad; o GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 508, quienes opinan que junto con el patrimonio individual de la sociedad, socios o terceros, concurre la vulneración de un interés supraindividual consistente en “la necesaria confianza que los socios y terceros deben poseer sobre que los bienes jurídicos y económicos de la sociedad reflejen la situación real de la misma”.

protegido en la figura del artículo 290, ya sea con carácter exclusivo o no. Y como igualmente he manifestado de manera reiterada, para la mayoría de estos autores nos encontramos ante una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares, debiendo admitirse por ello que estamos ante un delito de falsedad documental. Sin embargo, contrariamente a esta idea, por la mayoría de los autores no se considera que el bien jurídico protegido del artículo 290 sea ni tan siquiera un interés cercano o parecido al tutelado en las falsedades de los artículos 390 y siguientes, sino todo lo contrario, para un gran número de ellos nos hallamos ante un bien jurídico que nada tiene que ver con el de las falsedades genéricas señaladas. La explicación a este distanciamiento con respecto a los delitos de falsedad documental, en lo que a su objeto de protección se refiere, se justificaría, en la exigencia de idoneidad para, al menos, poner en peligro bienes o intereses de carácter patrimonial, siendo este elemento diferenciador con las falsedades de los artículos 390 y siguientes el que permite afirmar que *“la falsedad se convertiría así en un modo de ataque al patrimonio ajeno o a su seguridad”*⁴⁹³, entendiéndose este como el bien jurídico inmediato.

Teniendo presente lo anterior, la conclusión relativa a que únicamente la falsedad en los documentos será típica cuando resulte adecuada para lesionar los intereses patrimoniales de la entidad, sus socios o terceros que puedan relacionarse con la misma, y asimismo, considerando el patrimonio como bien jurídico, para la mayoría de la doctrina nos encontramos, dicho esto en términos generales, ante un delito de peligro abstracto en el caso del apartado primero del artículo 290 del Código Penal⁴⁹⁴, en lo que *“lo determinante es la idoneidad*

⁴⁹³ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 92, entre otros autores. Asimismo, para FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 165, el aspecto económico-patrimonial presente en el delito del artículo 290, impide que su objeto de protección sean intereses como la fe pública, al menos únicamente, *“ya que el falseamiento de las cuentas u otros documentos no serán más que el cauce para obtener otros resultados ulteriores, que implican el ataque a ciertos intereses patrimoniales concretos”*.

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 92 y SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, pp. 542 y 543, entre otros. Debe tenerse en cuenta que

lesiva de la acción: es decir, la falsedad ha de afectar a la situación real de la empresa que sea relevante para la adopción de decisiones de trascendencia económica por parte de los socios o por parte de terceros en sus relaciones con la sociedad”⁴⁹⁵. En este sentido, el hecho de castigarse la falsedad en documentos contables o jurídicos que hayan de reflejar la situación real de la entidad, sin necesidad de llegar a causar el perjuicio económico ni a la sociedad, ni a sus socios ni a terceros, sino exclusivamente por el hecho de resultar tal falsedad idónea o adecuada para que tal perjuicio pueda llegar a producirse, en realidad estaría poniendo de manifiesto para esta doctrina mayoritaria, que el delito se perfecciona con la mera creación del riesgo indicado y que, por tanto, nos hallamos en presencia de un delito de peligro abstracto en el primer apartado del artículo 290, que no requiere ni de la producción ni la prueba del resultado lesivo para el patrimonio⁴⁹⁶, ni tampoco del riesgo en el caso concreto.

Del mismo modo, y también con respecto al patrimonio como bien jurídico, para esta doctrina mayoritaria, en el caso del apartado segundo del precepto, una vez producido el perjuicio económico, nos hallaríamos ante un delito de resultado, de lesión⁴⁹⁷. Y en cuanto a los otros posibles bienes jurídicos que para una parte de los autores también se verían afectados, por tratarse el 290

según opinión mayoritaria en la doctrina, los delitos de aptitud o de peligro hipotético, a los que a continuación aludiré, deben encuadrarse en el seno de los delitos de peligro abstracto. Sobre esta cuestión, vid. extensamente por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PG) cit., pp. 210 y ss.

⁴⁹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo..., cit., p. 2.218.

⁴⁹⁶ CARREÑO AGUADO, J., *El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social. Una propuesta de revisión del artículo 290 del Código Penal*, Madrid, 2013, p. 396. Para el citado autor, el apartado 1 del artículo 290, recoge un tipo de peligro abstracto del patrimonio social, en relación al cual no se exige una constatación “ex post” de una situación de peligro concreto como resultado del peligro, sino únicamente que la conducta típica resulte idónea o presente aptitud para lesionar el patrimonio. DE SOTO CARNIAGO, J.J., “El falseamiento... cit., p. 448. GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad...* cit., p. 216.

⁴⁹⁷ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., p. 92; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho...* cit., p. 543.

de un delito pluriofensivo, los que apuntan a la funcionalidad de los documentos opinan en relación con dicho interés, que nos hallamos ante un delito de resultado, también de lesión, tanto en el caso de apartado primero como en el del segundo⁴⁹⁸; o para los que señalan que el otro bien inmediatamente protegido es el derecho a una completa y veraz información sobre el estado de la entidad, o la confianza en su veracidad, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto para unos y de lesión para otros, en el caso del apartado primero, y de resultado lesivo en el del segundo⁴⁹⁹.

No obstante la anterior opinión dominante en la doctrina, la mayor parte de estos autores a su vez ponen de manifiesto que en realidad el artículo 290.1 del Código Penal, no se trataría puramente de un delito de peligro abstracto, sino concretamente de un delito de aptitud o peligro hipotético⁵⁰⁰. Así, partiendo de

⁴⁹⁸ Así entre otros, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 392. En el caso del apartado primero, lo es en relación con la lesión del bien jurídico inmaterial de la funcionalidad del documento, que no en relación con el bien jurídico patrimonio, supuesto en el que nos hallamos ante un delito de peligro abstracto, de aptitud. Sobre este último extremo, vid. la autora de referencia, *Los delitos...* (2015) cit., pp. 150 y ss.

⁴⁹⁹ Así por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 502, opina que se trata de un delito de peligro abstracto en el caso del apartado 1 y de lesión en el del apartado 2; y LUZÓN CUESTA, J.Mª., *Compendio...* cit., p. 207, que ambos apartados recogen un delito de lesión.

⁵⁰⁰ Así SOUTO GARCÍA, E.Mª., “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP (especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad)”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, A Coruña, 2005, p. 911, para quien “la idoneidad de la falsedad para producir un perjuicio, convierte al delito societario del art. 290 en un ejemplo de la categoría de los delitos de aptitud”. También en este sentido BLANCO LOZANO, C., *Tratado...* cit., p. 646; el mismo, “Lección 11ª. Delitos societarios”, en Polaino Navarrete (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid, 2011, p. 190; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 95; el mismo, “Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en *Proyecto de Investigación número PB94-0379 de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica «Economía de las actividades delictivas y política criminal»*, Departamento de Economía de la Universidad Carlos III, <http://ruc.udc.es/dspace/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Rosal+Blasco%2C+Bernardo+del>, último acceso el día 10 de julio de 2015, publicado en 1998, p. 104; GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones...* cit., p. 510; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., pp. 380 y 381; el mismo, *Derecho penal económico y...* cit., p. 207. ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos...” cit., pp. 723 y 724; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos...* cit., p. 185, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos...* cit., p. 108; o VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos...” cit., p. 430, para

que este delito debe incluirse dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto, dicho con carácter general, en realidad se trataría de una clase que estaría en cierto modo entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto (entre delitos de mera actividad y de resultado). ROCA AGAPITO expone en este sentido que *“el art. 290 párr. 1º CP no es un puro delito de peligro abstracto, en el que se presume por ley la peligrosidad de la conducta... sino un delito de aptitud, de peligro hipotético o posible, en el cual hay que comprobar la peligrosidad de la conducta... Esto significa que habrá que examinar, por un lado, si la conducta es conforme a la experiencia general (ex ante) potencialmente lesiva, y por otro, si atendiendo al modo y circunstancias con el que ha sido llevada a cabo (ex post), dicha aptitud lesiva aún subsiste, pero sin que se requiera la concreta puesta en peligro, ni tampoco el efectivo menoscabo del bien jurídico”*⁵⁰¹. Apoyan estos autores el encuadramiento de la figura como de peligro hipotético más que como de peligro concreto, pues, como expresa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en referencia a esta clase de delitos⁵⁰², para este sector doctrinal resulta determinante en este sentido la incorporación que se hace en el precepto del elemento típico de aptitud *“de*

quien *“nos hallamos ante un delito de aptitud para causar perjuicio, en que basta la aptitud en abstracto de la conducta para lesionar distintos patrimonios individuales, renunciando a la necesidad de demostrar la concurrencia del peligro concreto”*.

⁵⁰¹ ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., pp. 723 y 724.

Como señala extensamente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PG) cit.*, pp. 210 y ss., dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto, según la mayoría de los autores deben incluirse los delitos de aptitud, también llamados de peligro hipotético, de peligro potencial o de peligro abstracto-concreto, cada vez más frecuentes en el Derecho penal socioeconómico. Dicha inclusión en el ámbito de los delitos de peligro abstracto, y no como categoría autónoma, a pesar de que efectivamente se trataría de una clase que estaría en cierto modo entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, se debe a que, a pesar de que debe constatarse la existencia del peligro, sin embargo no han de ser tenidas en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, ni verificar por tanto la peligrosidad en relación con las mismas, sino que la acción simplemente debe calificarse de peligrosa. Por tanto, no requiere la comprobación de peligro concreto alguno en relación con los bienes jurídicos de los distintos sujetos individuales, siendo tal peligro sencillamente un motivo ponderado por el legislador a la hora de decidir la criminalización de un comportamiento.

⁵⁰² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PG) cit.*, pp. 212.

forma idónea para”, el cual sirve de valoración acerca de la lesividad posible de la acción, cuya concurrencia deberá ser objeto de valoración.

Frente a esta opinión, algunos autores consideran que la figura del artículo 290 del Código Penal, en realidad se trata de un delito de peligro concreto⁵⁰³. Entre ellos, QUERALT JIMÉNEZ afirma que el legislador ha paraigualado en el artículo 290 un delito de peligro concreto y uno consumado (de lesión), en referencia a los apartados primero y segundo del artículo, y asimismo, singularmente, que nos hallamos en presencia de un delito de peligro concreto en el caso del primer apartado, *“en atención a la inmediatez de la producción del resultado”*. En este sentido, opina que *“si la falsedad es idónea para producir el perjuicio cabe pensar razonablemente que el peligro de que el perjuicio patrimonial se verifique es casi inminente, por lo que la idoneidad de la falsificación va emparejada con la concreción del peligro”*⁵⁰⁴.

Como ya he anticipado, el artículo 290.1 no se trata de un delito de mera actividad (de peligro abstracto), sino de resultado (de lesión), por cuanto no considero que el patrimonio sea el interés inmediatamente tutelado. Por consiguiente, tampoco considero que nos hallemos ante un delito de resultado que se concrete en un peligro concreto. Ya justifiqué en su momento –a dichos argumentos me remito–, al analizar el bien jurídico protegido, mi discrepancia con la idea consistente en que la excepción a la atipicidad de la falsedad

⁵⁰³ Como es el caso de RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 81, si bien ello estaría relacionado con la identificación del bien jurídico con el patrimonio y en la idea de que la acción típica causaría un resultado consistente en la generación de un concreto peligro de lesión para el mismo. También GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 522 (CD), opina que podríamos estaríamos ante un delito de peligro concreto, *“aunque no muy claramente”*. DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 95, y “Los nuevos... cit., p. 104, afirma que teniendo en cuenta el carácter pluriofensivo de la figura contenida en el artículo 290.1, se protegen, entre otros bienes, los intereses patrimoniales de la entidad, los socios o terceros, lo que hace que nos hallemos, desde este prisma, ante un delito de peligro concreto. No obstante lo cual, el autor de referencia termina concluyendo que el artículo 290.1 se trata de un delito de peligro abstracto o de aptitud abstracta.

⁵⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Delitos... cit.*, pp. 596 y 602.

ideológica contenida en el artículo 290, se deba a la asociación de tales hechos con la lesión o puesta en riesgo del patrimonio, entendido éste como bien jurídico protegido. De este modo, frente a los autores que apuntan hacia el patrimonio como bien jurídico protegido, único o en conjunción con otro u otros, considero que la previsión de la idoneidad para producir el perjuicio patrimonial del precepto, se trata de un mero elemento objetivo del tipo, el cual debe interpretarse únicamente en el sentido de otorgar relevancia penal “ex” artículo 290, a las falsedades contables susceptibles de causar un perjuicio económico en la forma señalada, y que por tanto no se está protegiendo el patrimonio. Descartado de este modo el patrimonio como bien jurídico, el hecho cierto es que el objeto de protección directa quedaría constituido, por lo general, por un interés que, según la opinión de cada autor, coincidirá o no con alguno de los bienes jurídicos que por lo general se entienden tutelados a través de los delitos previstos en los artículos 390 y siguientes del Código Penal.

En este contexto, ya me pronuncié a favor de un bien jurídico consistente, exclusivamente, en la funcionalidad de los documentos. Como concluí entonces, sin negar la relevancia que en el delito objeto de estudio adquiere el patrimonio, por cuanto se hace expresa referencia a la idoneidad que han de tener los hechos contenidos en el precepto para causar su puesta en peligro o lesión, sin embargo, nos hallamos “per se” ante una excepción a la impunidad prevista en el artículo 392.1 del Código Penal, plenamente justificada en atención al desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo, sin que por tanto, dicha excepcionalidad se deba específicamente a una protección del patrimonio de forma directa. Siendo esto así, la mención que se hace a la idoneidad de los hechos para poner en peligro o lesionar intereses patrimoniales o económicos, se configura exclusivamente como un elemento de la tipicidad que sirve para seleccionar aquellos supuestos que sí tendrán relevancia a efectos penales, frente a los que no la tendrán, ni tan siquiera por vía del artículo 392.1, ya que no resulta suficiente para que se entienda cometido el delito, cualquier inexactitud o

falta de veracidad en los documentos que hayan de reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, sino que será preciso que tal circunstancia sea idónea para causar un perjuicio económico a la propia sociedad, los socios o terceros. Por tanto, no nos hallamos ante un delito pluriofensivo, sino ante un delito que, como en el caso de las falsedades documentales genéricas, únicamente sitúa como bien jurídico protegido de forma inmediata la funcionalidad que tienen los documentos como instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en el mismo. Fijar el bien jurídico objeto de protección directa en la funcionalidad del documento, sirve para delimitar el ámbito de aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación, junto con el elemento de la idoneidad para causar un perjuicio económico, conduce a afirmar que sólo los documentos cuya función es dar a conocer la situación jurídico-económica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito.

Desde esta consideración acerca de qué es lo que se protege a través del artículo 290 del Código Penal, tanto el apartado primero como el segundo se tratan de delitos de resultado lesivo, ya que la falsedad llevada a cabo por el administrador de derecho o de hecho, de forma idónea para producir un perjuicio económico ya a la propia entidad, ya a sus socios o a terceras personas, supone la lesión del bien jurídico tutelado, esto es, como acabo de señalar, la función que los documentos tienen como instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en el mismo, pues mediante los mismos se da a conocer a socios y a terceros la situación económica y jurídica por la que atraviesa la entidad, sirviendo para recogerla de manera fiel y pública, en atención a su obligado acceso al Registro Mercantil, el estado contable y legal de las entidades mercantiles, debiendo tenerse en cuenta en este sentido, los deberes de veracidad y transparencia que incumben a los agentes económicos y financieros en una libre economía de mercado. En este sentido, autores como FERRÉ OLIVÉ o

FARALDO CABANA, afirman que nos hallamos ante un delito de resultado en relación con el bien jurídico consistente en la funcionalidad de los documentos⁵⁰⁵.

De este modo, la exigencia de idoneidad para causar un perjuicio económico, es un elemento objetivo de la tipicidad, que sirve para delimitar los supuestos de la presente falsedad documental a aquellos comportamientos capaces de lesionar un patrimonio, de la misma forma que lo hace el hecho de que la falsedad deba realizarse por los administradores de derecho o de hecho, y que únicamente sea posible sobre aquellos documentos que deban de reflejar la situación real económica o jurídica de la entidad, siendo éstos únicamente de entre los de carácter mercantil y de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil⁵⁰⁶. Estos elementos objetivos limitadores del tipo, están en relación directa con la excepcionalidad que el precepto supone, por cuanto penaliza la falsedad ideológica cometida por los particulares, la cual es atípica de acuerdo con la previsión del artículo 392.1 del Código Penal, excepción al tratamiento de la falsedad ideológica que se justifica, como ya he indicado en líneas anteriores, en el desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo, sin que por tanto, dicha excepcionalidad se deba a una protección del patrimonio de forma directa. Precisamente por ello, los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, constituyen un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, por cuanto afectan a un bien supraindividual o colectivo, y no de carácter individual o particular.

⁵⁰⁵ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Falsedades en la información social”, en *Actualidad Penal*, núm. 44, Barcelona, 1998, pp. 885 y ss.; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 388.

⁵⁰⁶ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 61, al abordar el estudio del bien jurídico en la figura del artículo 290 del Código Penal, ponen de manifiesto cómo la información de contenido económico a la que tienen derecho socios y terceros, es aquella en relación a la cual existe una obligación de publicitar.

Como consecuencia de lo anterior, cabe preguntarse entonces qué papel juega el perjuicio económico en el delito objeto de estudio, teniendo en cuenta que el apartado segundo contiene una mayor penalidad que el primero, consistente en la aplicación de las penas en su mitad superior cuando acontece el perjuicio económico. En correspondencia a lo indicado en anteriores líneas, la mayor penalidad contenida en el apartado segundo del artículo 290, cuando efectivamente el comportamiento del administrador produce el perjuicio económico de la entidad, sus socios o terceros, no reside en tratarse dicho patrimonio dañado en el bien objeto de protección, que únicamente puede ser entendido como un bien jurídico de carácter mediato, sino que, como opina GARCÍA CAVERO⁵⁰⁷, la apreciación del perjuicio económico como agravante del delito, se trata de una cuestión introducida por el legislador por propia decisión político-criminal, más que responder a condicionamiento dogmático alguno. Sin embargo, aun compartiendo esta opinión, como diré a continuación, esta precisión no es suficiente en sí misma, sino que debe ser objeto de mayor y profundo análisis.

Efectivamente, se trata de una previsión que responde a razones de política criminal y, en este sentido y como expondré a continuación, opino que nos hallamos en presencia de una condición objetiva de punibilidad, en la que el perjuicio económico no se configura, por tanto, como un elemento del tipo, de tal forma que el apartado primero del precepto no puede ser entendido como una forma de imperfecta ejecución del segundo, no cabe hablar de tentativa, de la misma manera que, como diré en su momento al analizar la tipicidad subjetiva, tampoco el dolo comprenderá el perjuicio económico⁵⁰⁸. Precisamente por ello,

⁵⁰⁷ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, pp. 218 y 219.

⁵⁰⁸ Si bien la mayoría de la doctrina viene entendiendo que los elementos de la punibilidad no deben ser abarcados por el dolo del autor, como sucede con las condiciones objetivas de punibilidad, BACIGALUPO ZAPATER, E., “El error sobre las excusas absolutorias” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 6, Madrid, 1978, p. 11; *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983, pp. 159 y ss., opina que sí es relevante el error sobre la punibilidad del hecho. En este sentido, partiendo de una justificación

aun a pesar de no producirse el perjuicio económico, habrá delito de falsedad contable por aplicación del apartado primero del artículo.

1.5. La condición objetiva de punibilidad contenida en el artículo 290:

Como he anticipado y como a continuación justificaré, el perjuicio económico contenido en el artículo 290, párrafo segundo, se configura como una condición objetiva de punibilidad⁵⁰⁹, siendo un elemento externo no vinculado a la acción típica y cuya concurrencia justificaría una mayor necesidad de pena⁵¹⁰, sobre la base de criterios de política criminal, lo que debería derivar de la grave perturbación que supone la causación del perjuicio patrimonial en relación con la

de la pena sobre la base de su utilidad social y de la prevención general como amenaza del Derecho penal en la sociedad, considera que “*la amenaza penal desconocida no puede obrar sobre el autor potencial de forma intimidante*”, por lo que el error sobre la punibilidad del hecho resultaría relevante. En parecidos términos MORENO-TORRES HERRERA, M^a.R., *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004, pp. 97 y ss. Sobre las condiciones objetivas de punibilidad, vid., entre otros, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Navarra, 2006, pp. 969 y ss.

⁵⁰⁹ A estos efectos, resulta importante distinguir el perjuicio económico en sí, el producido, descrito en el artículo 290, párrafo segundo, lo que como digo conforma una condición objetiva de punibilidad, de la idoneidad de la conducta para producir un perjuicio económico señalada en el párrafo primero del precepto y, de este modo, resultar típica, idoneidad que, como he indicado en líneas anteriores, sí configura uno de los elementos de la tipicidad.

⁵¹⁰ Sobre la necesidad de pena, entre otros y por citar en este momento a al algún autor, vid. OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., “Teoría general de la pena”, en Molina Blázquez (coord.), VV.AA., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Barcelona, 2005, p. 37. Para el primero de los autores de referencia, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy cualificadas*, Madrid, 1998, p. 69, la imposición de una pena, se justifica por su necesidad para lograr la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia social, legitimándose cuando se aplica en correspondencia con una serie de principios tales como los de legalidad, ofensividad, humanidad, mínima intervención, entre otros, de tal forma que “*La necesidad es el principio justificante de la penal, pero ésta sólo se encuentra plenamente justificada cuando, además, se aplica de forma legítima*”.

figura objeto de estudio⁵¹¹. Sin ánimo de exhaustividad en este momento, las condiciones objetivas de punibilidad se tratan de “*hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena*”⁵¹², o dicho de otra manera, “*circunstancias adicionales que operan como factores excepcionalmente agregados a los elementos objetivos y subjetivos de imputación*”⁵¹³. En relación con el fundamento de las condiciones objetivas de

⁵¹¹ Lo expreso en condicional porque, a mi modo de ver y como diré en mi exposición, no considero que existan razones de política criminal que justifiquen el establecimiento de la condición objetiva de punibilidad y, por tanto, la necesidad de una mayor penalidad.

⁵¹² BRAMONT ARIAS TORRES, L.A., *Lecciones de la Parte general y el Código Penal*, Lima, 1997, p. 68. Sobre las condiciones objetivas de punibilidad, vid., entre otros, GALLEGOS SOLER, J.I., *Responsabilidad... cit.*, pp. 300 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, pp. 33 y ss.; JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, pp. 596 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, pp. 570 y ss.; o el mismo, “Recesión a O. García Pérez, La punibilidad en el Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 2000, p. 385 y ss. GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Madrid, 1997.

⁵¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, p. 571. Como resume el autor, ibídem., pp. 571 y ss., pueden distinguirse dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, las llamadas condiciones propias y las impropias (vid. también, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio... cit.*, pp. 20 y ss., o MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones... cit.*, pp. 30 y ss.). Las condiciones de punibilidad propiamente dichas, son aquellas que hacen referencia a elementos que presuponen un comportamiento típico, antijurídico y culpable, y cuyo objeto es la restricción de la punibilidad, concebida ésta como una categoría más junto con la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Estas condiciones objetivas de punibilidad propiamente dichas, ponen de manifiesto una necesidad de pena, con base en criterios de política criminal o en criterios de carácter extrapenal de política jurídica general, situados completamente al margen de los criterios que informan los elementos esenciales del delito, injusto y culpabilidad. Asimismo, no descansan en arbitrarias consideraciones de utilidad, sino en una grave perturbación del orden protegido jurídicamente, dado que conlleva una mayor contrariedad al mismo. Por su parte, las condiciones objetivas de punibilidad impropias no pueden ser entendidas como circunstancias limitadoras de la culpabilidad, sino que permiten imponer la pena sin atender a las reglas de la imputación subjetiva, pues no presuponen un comportamiento típico, antijurídico y culpable, sino que colaboran a fundamentar el injusto. Estas condiciones impropias pertenecen materialmente al injusto de la infracción, pero formalmente se encuentran desvinculadas de las exigencias del dolo y la culpa.

En relación con los anteriores tipos de condiciones objetivas de punibilidad, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ señala cómo la generalidad de la doctrina ha venido admitiendo las propias, mientras que ha rechazado las impropias, afirmando finalmente que éstas últimas ya no existen en el Código Penal de 1995. Añade el autor de referencia, que deben distinguirse las condiciones objetivas de punibilidad propiamente dichas de las llamadas condiciones de perseguibilidad, las cuales no indican de manera alguna en la punibilidad del delito y que únicamente conciernen a la admisibilidad de su persecución procesal, siendo pues su función, hacer depender la persecución penal de datos vinculados exclusivamente con la esfera del proceso. Las condiciones de perseguibilidad tiene su fundamento en

punibilidad, por la doctrina se han apuntado diversas opiniones. Como pone de relieve MAPELLI CAFFARENA⁵¹⁴, primeramente, con base en la doctrina alemana, se han fundamentado las condiciones objetivas de punibilidad sobre la distinción entre el merecimiento de la pena y la necesidad de la misma, refiriéndose la primera, el merecimiento de pena, al juicio de desvalor ético-social que contiene, al margen de sus aspectos preventivos, siendo merecedora de pena únicamente aquella conducta que merita la desaprobación ético-social en atención a su capacidad para poner en peligro o producir un grave daño a las relaciones sociales, debiendo tenerse en cuenta igualmente la naturaleza del bien jurídico y no sólo el desvalor de la acción o del resultado, de tal forma que cuanto mayor sea el rango de un bien jurídico conforme con el orden valorativo, mayor será el merecimiento de pena para aquel que lo haya lesionado o puesto en peligro⁵¹⁵. Y en cuanto a la necesidad de pena, se trata de un medio irrenunciable para proteger la sociedad frente a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más importantes y para la preservación del orden jurídico, debiendo por tanto diferenciarse así el merecimiento de la pena de las necesidades político-criminales⁵¹⁶.

razones utilitarias que manifiestan lo adecuado del perseguimiento procesal de determinadas conductas delictivas que, de por sí ya se considera pertinente desde la óptica de los fines y funciones que el Derecho penal tiene asignados. Sobre la limitación del Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal, vid. por todos, PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M^a, “Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo LXI, Madrid, 2008, pp. 199 y ss.

⁵¹⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio... cit.*, pp. 29 y ss.

⁵¹⁵ Como pone de manifiesto GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, p. 51, junto a posiciones doctrinales que se limitan a identificar el merecimiento de la pena como lo antijurídico y culpable, existen autores que identifican como criterios de merecimiento de pena únicamente algunos aspectos del injusto culpable, destacando aspectos tales como la importancia del bien jurídico (desvalor del resultado), la peligrosidad del ataque (desvalor de acción) y la reprochabilidad del ánimo del autor.

⁵¹⁶ En relación con esta necesidad de pena, procede preguntarse si tal sanción es necesaria para hacer frente a determinadas conductas, careciendo de sentido cuando los fines que se persiguen con la misma ya han sido logrados, cuando existen otros medios menos graves en virtud del principio de subsidiariedad, o cuando la pena no sea el medio idóneo para hacer frente a la conducta desviada. Así, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, p. 51.

Sobre esta distinción entre merecimiento y necesidad de pena, mientras que el merecimiento de la pena viene contenido en los preceptos penales, pues se trata, en definitiva, del fundamento del injusto y de la culpabilidad, la necesidad de la pena no resulta contenida en los mismos; únicamente en algunos supuestos excepcionales, es necesario que concurra además un especial menoscabo de los valores de orden amparados por el correspondiente precepto penal para que se reconozca la necesidad político-criminal de la pena⁵¹⁷, siendo por tanto las condiciones objetivas de punibilidad elementos que sirven para circunscribir los delitos a supuestos concretos, en donde únicamente serán castigadas las conductas más graves⁵¹⁸, limitación que responde a razones de política-criminal⁵¹⁹.

⁵¹⁷ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal, Tomo II*, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 764, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio... cit.*, p. 32.

⁵¹⁸ BLOY, R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessung- und Strafaufhebungsgründe*, Berlín 1976, pp. 243, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio... cit.*, p. 32.

⁵¹⁹ Vid. nuevamente GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, pp. 49 y ss. Según opinión del autor, efectivamente la doctrina mayoritaria ha venido afirmando que el delito es el resultado de la conjunción de dos juicios distintos, expresados en el merecimiento de la pena y su necesidad. El primero recoge todos los aspectos de desvalor del ilícito penal, encerrando un juicio global de desvalor, siendo pues un juicio valorativo, mientras que el segundo acoge la totalidad de las circunstancias en virtud de las que se formula un juicio de utilidad o conveniencia, constituyéndose por tanto en un aspecto teleológico. La doctrina mayoritaria, al aceptar la diferenciación entre merecimiento y necesidad de pena, se ve obligada a abordar la relación entre ambos conceptos, pudiendo distinguirse tres posiciones fundamentales: una primera, que considera que entre ambos conceptos media una relación de implicación, de tal forma que la necesidad de pena presupone su merecimiento, de tal forma que una vez formulado el juicio de desvalor sobre una conducta, cabe pensar si es preciso reaccionar con una sanción penal para hacer frente a la misma; la segunda, contrariamente opina que el merecimiento de la pena presupone su necesidad, mediando por tanto una relación de implicación; y la tercera, viene a considerar que ambos conceptos se sitúan en un mismo plano, sin que pueda establecerse relación de implicación alguna entre los mismos.

También sobre la distinción entre necesidad y merecimiento de pena, y sobre las condiciones objetivas de punibilidad, vid. BUSTOS RUBIO, M., “Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2015, pp. 203 y ss.

En relación con el último de los aspectos señalados, esto es, las razones de Política Criminal⁵²⁰, lo cierto es que existe un sector de la doctrina que opina que las condiciones objetivas de punibilidad responden efectivamente a tales motivos, en los que en ocasiones se presentan elementos de utilidad u oportunidad. Sin embargo, otro sector doctrinal apunta a que cuando se habla de criterios de política criminal, algunos de ellos en realidad se tratan de criterios de política general o ajena al Derecho penal, de tal suerte que en realidad coexisten criterios de política criminal y de política general en el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad. Y finalmente, existe un tercer sector de la doctrina que, asumiendo la distinción entre unos y otros criterios, sin embargo mantiene que las condiciones objetivas de punibilidad únicamente pueden tener su fundamento en criterios de política general o ajenos a la rama penal del Derecho⁵²¹. Teniendo en cuenta lo dicho, si bien es admisible la distinción entre criterios de política criminal y general, sin embargo se concluye que tal distinción, no resulta sencilla, en tanto que la fijación del criterio que ha de servir para llevar a cabo esa diferenciación resulta problemática: de una parte, es difícil mantener que cuando no resulta conveniente alcanzar los fines de la

⁵²⁰ Siguiendo la exposición de GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, pp. 46 a 49, y atendiendo fundamentalmente a las referencias que hace a ROXIN, C. (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, 1973, pp. 47 y ss.; y *Strafrecht AT. I*, München, 1994, pp. 47 y ss.), VOLK, K. ("Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 871 y ss.) y ZIPF, H. (*Kriminalpolitik*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 4).

⁵²¹ En parecidos términos MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio... cit.*, pp. 35 y ss., al indicar que también se han fundamentado las condiciones objetivas de punibilidad en razones de oportunidad y utilidad, rechazándose que las mismas deriven de criterios político-criminales; mientras que éstos tienden a convertir el sistema penal en un sistema abierto y conectado a la realidad social a fin de evitar soluciones injustas y no proporcionadas a los conflictos sociales, las condiciones objetivas de punibilidad suelen traducirse en exigencias de conveniencia y oportunidad política del legislador, distintas precisamente a motivos o razones de política criminal. Según GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, pp. 56 y ss., esta postura doctrinal minoritaria, niega la distinción entre merecimiento y necesidad de pena, por entender que no resulta posible diferenciar en el delito los aspectos valorativos y los de utilidad o conveniencia.

pena⁵²², se está adoptando una decisión político-jurídica (es decir, que la sanción penal no se considera adecuada por razones extrapenales), pero de otra parte, tampoco es fácil aceptar el hecho de que cuando no se impone la pena por razones de política criminal (esto es, por razones relacionadas con la configuración de las consecuencias jurídicas y las penas), tales razones sean ajenas a la unidad funcional de la sociedad.

En correspondencia con cuanto precede, puede concluirse que el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad no es una cuestión pacífica en la doctrina, si bien parece opinión mayoritaria que las mismas traen su causa en una necesidad de pena basada en razones de política-criminal. En palabras de MARTÍNEZ PÉREZ, *“las condiciones propias se fundamentan en criterios de utilidad que no afectan al merecimiento de la pena, sino tan sólo a su necesidad político-criminal, y que, por consiguiente, tienen la misión de restringir la punibilidad. Así concebidas, las condiciones propias son perfectamente compatibles con el principio de culpabilidad”*⁵²³. O como pone de manifiesto GARCÍA PÉREZ, *“la necesidad de pena parece venir a concretar el ámbito de los contenidos político-criminales”*⁵²⁴.

En cuanto a la existencia de condiciones objetivas de punibilidad en nuestra norma penal sustantiva, no faltan figuras sobre las cuales se ha venido admitiendo su presencia, al menos por parte de la doctrina. Tal es el caso, por ejemplo, de la insolvencia punible descrita en el artículo 260 del Código Penal, que exige de la previa declaración concursal por parte de un órgano judicial del

⁵²² Sobre la importancia de las teorías de la pena, Cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.), ARMENDÁRIZ LEÓN, C., BELTRÁN NÚÑEZ, A., GÓMEZ LANZ, J., y OBREGÓN GARCÍA, A., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Barcelona, 2005.

⁵²³ MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones... cit.*, p. 57.

⁵²⁴ GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, p. 57.

orden civil⁵²⁵, o el caso de los delitos atentatorios contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. En relación con estos últimos, en el supuesto del delito fiscal previsto en el artículo 305.1, se exige que el importe de la defraudación a la Hacienda Pública, producida mediante la elusión del pago de tributos, a través de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, o por medio ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo de manera indebida devoluciones o disfrutando beneficios fiscales también indebidamente, exceda de ciento veinte mil euros. Del mismo modo, el apartado tercero del mismo artículo, prevé el delito fiscal contra la Hacienda Pública de la Comunidad Europea cuando la cuantía defraudada supere los cincuenta mil euros. Estas cuantías de defraudación han venido considerándose por una parte de la doctrina como elementos del tipo, si bien existe una corriente de opinión para la cual nos hallamos en realidad en presencia de una condición objetiva de punibilidad⁵²⁶. Lo mismo puede decirse en el caso del delito contra la Seguridad Social del artículo 307.1, en el que se exige que la defraudación a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo de forma indebida devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto igualmente de forma indebida, exceda de cincuenta mil euros.

Continuando con estos delitos a los que he hecho referencia, para un sector de la doctrina que representa la mayoría⁵²⁷, las cuantías económicas de la

⁵²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (PG) cit., p. 572.

⁵²⁶ Como ponen de manifiesto ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 324, la cantidad defraudada en el delito fiscal se configura como una de las cuestiones más controvertidas en la doctrina, la cual se divide en dos opiniones: aquella que considera que nos hallamos ante una condición objetiva de punibilidad y aquella que considera que la cantidad defraudada es un elemento del tipo.

⁵²⁷ Entre otros, ASÚA BATARRITA, A., “El delito de fraude de subvenciones”, en *Comentarios a la Legislación penal. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*, tomo XVIII, Madrid, 1997, pp. 285 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2000, p. 58; BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.,

defraudación a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social constituyen elementos del tipo, siendo características del resultado típico en tanto que es necesario, además de la causación del perjuicio, que el mismo alcance una determinada cuantía⁵²⁸. Siguiendo la exposición de GÓMEZ PAVÓN en relación con la cuestión⁵²⁹, es triple la justificación dada por este grupo de autores: de una parte, hacen hincapié en el hecho de que durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 6/95, reguladora del Código Penal de 1995, que modificó los delitos contra la Hacienda Pública e introdujo el delito contra la Seguridad Social, se pretendiera sin éxito el pronunciamiento expreso sobre la naturaleza de condición objetiva de punibilidad de la cuantía en estas figuras, a través de su significación en párrafo aparte de la descripción típica, circunstancia que sirve de apoyo para mantener que la cuantía en estos delitos no constituye una condición objetiva de punibilidad; en segundo lugar, por estos autores se viene defendiendo que la cuantía en estas figuras delictivas pertenece al tipo de injusto, pues significa mayor gravedad, de la misma forma que en los subtipos agravados, concretado en este momento en el artículo 307 bis.1.a), la cantidad es precisamente el fundamento de la agravación, careciendo por tanto de sentido que si la cuantía sirve para modular la lesión al bien jurídico, en el caso del tipo

Derecho Penal del Trabajo, Madrid, 1997, p. 185; BOIX REIG, J. y MIRA MIRAVENT, J., *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2000, p. 72; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000, pp. 487 y ss.; CHAZARRA QUINTO, M^a.A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Valencia, 2002, pp. 239 y 240; CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios del Código Penal, III*, Barcelona, 1978, p. 1014; GÓMEZ RIVERO, M^a.C., *El fraude de subvenciones*, Valencia, 2005, pp. 212 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., “La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regularización vigente y propuestas de reforma”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al prof. José Antonio Sainz Cantero*, núm. 12, Granada, 1987, pp. 145 y ss.; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995, pp. 64 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, pp. 573 y ss.; o SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a.B., “El delito de fraude de subvenciones”, en *Comentarios a la Legislación penal. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*, tomo XVIII, Madrid, 1997, pp. 315 y ss.

⁵²⁸ En dichos términos, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, p. 271.

⁵²⁹ GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP)”, en Gómez Pavón, Armendáriz León, Pedreira González, y Bustos Rubio, *Delitos contra la Seguridad Social y los derechos de los trabajadores*, Barcelona (en prensa, Ed. Bosch).

básico no forme igualmente parte del injusto⁵³⁰; y finalmente, en tercer lugar, se ha defendido que la cuantía defraudada debe entenderse abarcada por el dolo del autor, pues no se trata de un hecho futuro o incierto, ni ajeno a la conducta del mismo⁵³¹.

En la línea de esta parte mayoritaria de la doctrina, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵³² considera que los límites cuantitativos establecidos en los delitos socioeconómicos, deben ser interpretados como elementos del tipo, toda vez que las consecuencias que se derivarían de su consideración como condiciones objetivas de punibilidad serían insatisfactorias, desde un punto de vista político-criminal. En este sentido, opina el autor de referencia, primeramente, que si las cuantías no formaran parte del injusto del hecho, el dolo del autor no tendría que abarcar dicho límite, por lo que siendo esto así, un error sobre él, aún invencible, sería irrelevante; en segundo término, que la admisión de que nos hallamos ante condiciones objetivas de punibilidad, impediría hablar de tentativa, dado que se trataría, conceptualmente hablando, de una condición posterior a la ejecución de la acción; y en tercer lugar, que el hecho no sería punible para nadie en caso de no llegar a cumplirse la condición, en este caso, alcanzarse la cuantía de que se trate.

Y en relación con la necesidad de que la cuantía de la defraudación sea abarcada por el dolo, se sostiene que esta circunstancia no significa que el autor haya de conocer con precisión la cantidad señalada en el Código Penal, sino que será suficiente la concurrencia de un dolo eventual con respecto a la cuantía de la defraudación, pudiendo darse relevancia de esta forma, precisamente, a la

⁵³⁰ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El delito... cit.*, pp. 487 y 488.

⁵³¹ BOIX REIG, J. y MIRA MIRAVENT, J., *Los delitos... cit.*, p. 72.

⁵³² Extensamente sobre esta cuestión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, pp. 573 y ss.

posible concurrencia de un error sobre el límite cuantitativo, sin que ello suponga lagunas indeseables de punición sustentadas en el hecho de no poder aplicarse el delito cuando el autor no conociera dicho límite⁵³³. Asimismo, existen autores que mantienen que la inclusión de las cuantías en estos delitos tiene correspondencia con el principio de fragmentariedad, en el sentido de que únicamente los ataques más graves al bien jurídico protegido se han hecho merecedores de la protección penal⁵³⁴, debiendo por ello ser consideradas elementos del tipo⁵³⁵, y no siendo tampoco algo ajeno a la conducta del autor por cuanto no se trata de un hecho futuro e incierto⁵³⁶. Contrariamente, se ha puesto de relieve que dichas cuantías no responden al principio de subsidiariedad del Derecho penal, pues sería tanto como afirmar que el Derecho de la Seguridad Social sancionador no es eficiente para defraudaciones de mayor entidad, lo que no parece lógico, en tanto que el motivo de la intervención de la rama penal del Derecho viene marcada por la señalada mayor gravedad de los hechos⁵³⁷.

Frente a esta mayoría de autores, un segundo grupo considera que las cuantías en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social sí que constituyen condiciones objetivas de punibilidad⁵³⁸ y, por tanto, que se tratan de

⁵³³ Ibidem, p. 576.

⁵³⁴ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El delito... cit.*, pp. 488 y 489.

⁵³⁵ CHAZARRA QUINTO, M^a.A., *Delitos... cit.*, pp. 239 y 240.

⁵³⁶ BOIX REIG, J. y MIRA MIRAVENT, J., *Los delitos... cit.*, p. 72.

⁵³⁷ En este sentido, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El delito... cit.*, pp. 488 y 489.

⁵³⁸ Entre otros, ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, p. 103; BACIGALUPO ZAPATER, E., “El delito fiscal”, en Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005, pp. 482 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual... cit.*, pp. 292 y ss.; BUSTOS RUBIO, M., *La regularización... cit.*, p. 83; el mismo, “Más allá...”, cit., p. 209; FERRÉ OLIVÉ, J.C., *El delito contable*, Barcelona, 1988, pp. 191 y ss.; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, pp. 272 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito... cit.”, (en prensa, Ed. Bosch); MUÑOZ CONDE, F., “El error en el delito de defraudación tributaria en el artículo 349 del Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, Madrid, 1986, pp. 379 a 394; o PÉREZ MANZANO, M. y MERCADER UGUINA, J.R., “El delito de defraudación a la Seguridad Social”, en *Comentarios a la Legislación*

elementos externos no vinculados a la acción típica y cuya concurrencia justifica una necesidad de la pena, todo ello sobre la base generalmente de criterios de política-criminal. Precisamente, la necesidad de que la cuantía deba ser abarcada por el dolo del autor para que sea posible su consideración como elemento del tipo, configura la principal fuente de crítica de este sector de la doctrina, dado que si el límite cuantitativo pertenece al injusto, existirá indefectiblemente una laguna de punición cuando el autor no lo conociera, toda vez que para la apreciación del delito, el dolo del autor debe alcanzar todos los elementos del tipo, incluyendo la mencionada cuantía defraudatoria. GÓMEZ PAVÓN⁵³⁹, en referencia al delito contra la Seguridad Social, al igual que en el delito fiscal, niega que la cuantía defraudada quede abarcada por el dolo del autor, no tratándose de un elemento del tipo. En opinión de la autora de referencia, nos hallamos ante un delito en relación con el impago de las cuotas o por la aplicación indebida de deducciones o devoluciones, que debe entenderse consumado cuando se omite información precisa a la Seguridad Social para que la misma pueda cumplir con su función recaudatoria, sin que por tanto sea preciso un resultado lesivo para el patrimonio de la Seguridad Social.

De entre aquellos que propugnan que nos hallamos en presencia de condiciones objetivas de punibilidad, BACIGALUPO ZAPATER⁵⁴⁰ opina que ello resulta claro, dado que elementos del tipo serán aquellos que pertenezcan a la infracción de la norma, y la norma que conculca quien evade los impuestos es la que obliga precisamente al pago del tributo; partiendo de esta premisa, se llega a la conclusión de que la obligación de pago por parte del sujeto pasivo no serán

penal. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, tomo XVIII, Madrid, 1997, pp. 169 y ss.

⁵³⁹ GÓMEZ PAVÓN, P., “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, Cobos Gómez de Linares, Gómez Pavón, Manjón-Cabeza Olmeda y Martínez Guerra (coords.), Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, 2013, pp. 570 y ss.

⁵⁴⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., “El delito fiscal”... cit., p. 482.

las cuantías previstas en el Código Penal, sino que la misma nacerá desde el primer momento, al margen de su “quantum”. En igual sentido argumental, ARROYO ZAPATERO afirma, en relación con el delito fiscal, que todo fraude, al margen de su cuantía, deviene prohibido, de tal forma que cuando no alcanza la cantidad fijada en el Código Penal estaremos en presencia de una infracción tributaria⁵⁴¹. En conexión con esta idea, autores como el propio ARROYO ZAPATERO⁵⁴², GARCÍA PÉREZ⁵⁴³ o MUÑOZ CONDE⁵⁴⁴, consideran que la cuantía que se señala en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, responde al principio de subsidiariedad del Derecho penal.

En cualquier caso, al margen de las anteriores opiniones, puede afirmarse que tanto en el caso de entender que las cuantías pertenecen al tipo, como que se tratan de condiciones objetivas de punibilidad, como señala GARCÍA PÉREZ⁵⁴⁵, existe gran coincidencia en considerar que la fijación de estos límites cuantitativos responde a razones de política-criminal⁵⁴⁶.

Tal y como pone de manifiesto de manera acertada GÓMEZ PAVÓN⁵⁴⁷, la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2012⁵⁴⁸, ha reforzado

⁵⁴¹ ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos... cit.*, p. 103.

⁵⁴² *Ibíd.*, p. 103. Afirma el autor que “la única y exclusiva razón de su presencia [las cuantías] en el tipo del delito fiscal estriba en el propósito político-criminal del legislador de no hacer intervenir al Derecho penal, sino en los casos más graves de elusión dolosa de los tributos”.

⁵⁴³ GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, pp. 272 y ss.

⁵⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F., “El error... cit.”, pp. 379 y ss.

⁵⁴⁵ GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad... cit.*, p. 272.

⁵⁴⁶ Así ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos... cit.*, p. 103, o VALLE MUÑIZ, J.M., “La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1995, p. 771, por citar algunos.

⁵⁴⁷ GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito... cit.”, (en prensa, Ed. Bosch).

la tesis acerca de la cual las cuantías de los artículos 305 y 307 constituyen condiciones objetivas de punibilidad. En concreto, en el supuesto del delito contra la Seguridad Social, se ha reducido la cuantía de la defraudación de los ciento veinte mil a los cincuenta mil euros, los cuales pasan a computarse, además, durante cuatro años naturales. Por consiguiente, de considerarse que la cuantía constituye un elemento del tipo, no quedaría más remedio que admitir la variación acontecida en cuanto a los criterios de valoración de la gravedad de los hechos, considerándose actualmente más graves los que superen los cincuenta mil euros, cuando antes de la reforma debían alcanzar los ciento veinte mil euros para lograr tal calificación, circunstancia que, también en mi opinión, no hace sino poner de manifiesto que la fijación de las cuantías en este delito, como en el delito contra la Hacienda Pública, responde a razones de política criminal. Asimismo, frente a la idea que afirma que no podía mantenerse que la citada cuantía constituyera una condición objetiva de punibilidad, pues sería tanto como afirmar, erróneamente, que el Derecho laboral sancionador no es eficaz para tutelar los supuestos en los que la defraudación supera dicho límite, y no pudiendo afirmarse, en consecuencia, que la intervención del Derecho penal se produzca en virtud del principio de subsidiariedad, sino del de fragmentariedad, sin embargo el Preámbulo de la citada Ley Orgánica viene a decir de lo contrario, al afirmar en relación con el delito fiscal, que uno de los motivos de su reforma es *“evitar la denuncia ante los juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria”*; y en relación con el delito contra la Seguridad Social, que *“la reforma que se lleva a cabo... afecta al tipo básico para reducir la cuantía a partir de la cual la infracción es constitutiva de delito y facilitar las regularizaciones...”* modificándose *“el artículo 307 del Código Penal a los efectos de reducir a cincuenta mil euros la cuantía que establece el tipo delictivo*

⁵⁴⁸ Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

como condición objetiva de punibilidad”, añadiendo que “la fijación del límite debe hacerse conforme a los criterios económicos, políticos y sociales”.

Compartiendo igualmente las palabras de GÓMEZ PAVÓN⁵⁴⁹ sobre el hecho de que un Preámbulo de una Ley no parece el lugar más idóneo para fijar la naturaleza dogmática de una institución, figura o precepto, y que por ello no debe ser necesariamente determinante, no puede obviarse sin embargo su contenido, que apunta hacia una reforma inspirada en verdaderas necesidades sociales, así como a la facilitación de la regularización, esto es, *“razones económicas y políticas, no de mayor o menor gravedad”*⁵⁵⁰, cuestionándose con ello la opinión acerca de la cual las cuantías en estas figuras son elementos del tipo. Y admitiendo que nos hallamos ante condiciones objetivas de punibilidad, no queda más remedio que aceptar la imposibilidad de apreciar la comisión de estos delitos en grado de tentativa, e igualmente, la imposibilidad de apreciar tanto que el dolo del autor abarca el conocimiento de esa cuantía, como la concurrencia, en su caso, de un posible error sobre la misma, todo ello de acuerdo con las posturas doctrinales mayoritarias.

Cuanto precede es importante y sirve de referente en orden a la fundamentación de la existencia de una condición objetiva de punibilidad en el párrafo segundo del artículo 290, cuando señala que *“Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”*. Como he indicado en líneas anteriores, la doctrina ha opinado de forma prácticamente unánime, que el perjuicio económico al que se hace referencia en el mentado artículo 290, párrafo segundo, del Código Penal, es un elemento de la tipicidad que nos sitúa en presencia de un delito de resultado lesivo con respecto al patrimonio, que es entendido como bien jurídico protegido con independencia de

⁵⁴⁹ GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito... cit., (en prensa, Ed. Bosch).

⁵⁵⁰ *Ibidem.*, (en prensa, Ed. Bosch).

que dicho interés sea o no el único tutelado de forma directa en el precepto, según las distintas opiniones doctrinales sobre este particular, igualmente expuestas en líneas y capítulos anteriores. A mi modo de ver, el posicionamiento de la doctrina se ve constreñido, en cierta medida, con la desacertada apreciación del patrimonio como bien jurídico protegido, ya en solitario, ya en compañía de otros intereses dignos de protección⁵⁵¹. En este sentido, debo reiterar que prácticamente la totalidad de los autores, consideran que el artículo 290 protege el patrimonio de la propia sociedad, sus socios o el de terceros relacionados con la entidad⁵⁵². Contrariamente a este punto de vista, tal y como he señalado al abordar el bien jurídico de este delito societario, la función del documento se erige como único interés protegido, y ello tanto en el primero de los párrafos como en el segundo⁵⁵³. Pues bien, la admisión de este bien jurídico permite

⁵⁵¹ Como señalé en su momento, sobre la consideración del patrimonio de la sociedad, los socios o terceros como bien jurídico protegido, se equivocan los autores que así lo defienden cuando afirman que ello deriva directamente de la exigencia que se deduce del literal del artículo 290, cuando establece que la falsedad en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la realidad jurídica y económica de la entidad, debe producirse “*de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero*”. El bien jurídico cumple una función interpretativa de los elementos del tipo, pero la interpretación del precepto así realizada no es correcta, ya que, a mi modo de ver, la falsedad de los documentos contables, lejos de convertirse en un ataque contra el patrimonio ajeno o su seguridad, lo que viene a indicar exclusivamente es qué hechos serán relevantes a efectos penales de entre todas las posibles falsedades contables que puedan llegar a producirse; dicho de otra manera, la previsión del perjuicio patrimonial en el precepto, debe interpretarse exclusivamente en el sentido de dotar de relevancia a efectos penales “ex” artículo 290 del Código Penal, a las falsedades contables susceptibles de causar un perjuicio económico en la forma descrita, lo que no conlleva necesariamente como consecuencia inmediata que lo que se esté protegiendo sea en verdad ese patrimonio.

⁵⁵² Como ya he tenido oportunidad de señalar en líneas anteriores y como diré más adelante de nuevo, MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos...* cit., p. 246 y 249, son partidarios de un bien jurídico diferente del patrimonio y de la catalogación del delito contenido artículo 290 como económico y no patrimonial.

⁵⁵³ Fijar el bien jurídico en la funcionalidad del documento, sirve para delimitar el ámbito de aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación junto con el elemento de la idoneidad para causar un perjuicio económico, lleva a afirmar que únicamente los documentos cuya función consiste en dar a conocer la situación económica y jurídica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito. En conexión con ello, no puede obviarse la importante función que desempeña el Registro Mercantil en relación con la trascendencia probatoria de los documentos que obligatoriamente han de ser inscritos en el mismo, debiendo tenerse en cuenta que, una vez producido el acceso registral de los documentos jurídico-económicos de la sociedad, se genera una legítima expectativa de veracidad esencial para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado.

interpretar de manera más sencilla que en el caso del patrimonio como interés tutelado, que el perjuicio económico al que alude el segundo párrafo del precepto, en realidad constituye una condición objetiva de punibilidad, no obstante lo cual será posible en ambos casos, como expondré a continuación. Dicho de otra manera, si se opta por apreciar como bien jurídico protegido en el artículo 290 el patrimonio, resulta más complicado, en buena lógica, mantener que dicha lesión económica constituya una condición objetiva de punibilidad, toda vez que el bien jurídico inmediatamente protegido se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva y es el principal elemento a la hora de “descubrir el sentido y finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada interpretación teleológica”⁵⁵⁴.

Hecha esta aclaración previa, es hora de tratar de dar justificación a la solución expuesta, en virtud de la cual el perjuicio económico descrito en el párrafo segundo, se configura como un elemento externo desvinculado de la acción típica y cuya concurrencia justificaría, al menos “a priori”, la necesidad de la mayor pena descrita en el citado párrafo con respecto de la contenida en el primero.

De acuerdo con lo manifestado a lo largo de la exposición de este apartado, para un amplio grupo de autores, la mayor necesidad de pena es lo que viene a sustentar las condiciones objetivas de punibilidad, en detrimento del mayor merecimiento de pena. Y dicha mayor necesidad de pena trae su causa, según igualmente doctrina mayoritaria, en razones de política-criminal, desvinculadas del citado merecimiento. Siguiendo esta opinión mayoritaria, debe pues descartarse que la condición objetiva de punibilidad tenga su origen en un mayor merecimiento de pena, entendida ésta como el fundamento del injusto y de la culpabilidad. A pesar de ello, ya en el caso objeto de estudio, debe

⁵⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho... (PG) cit.*, pp. 90 y ss.

descartarse la existencia de un mayor merecimiento de pena, toda vez que, producida la acción idónea por el autor de la falsedad para poder provocar el perjuicio económico, lo cierto es que su efectiva causación no requiere de ningún acto posterior por parte de ese administrador de hecho o de derecho que lleve aparejado, por tanto, un mayor merecimiento de pena, circunstancia que, en mi opinión, ya hace cuestionable en cualquier caso un eventual incremento de la pena, aun cuando finalmente aconteciera el perjuicio económico. Dicho de otra manera, si se exige que la falsedad llevada a cabo sea idónea para causar un perjuicio económico, siendo ésta la esencial característica del comportamiento descrito en el artículo 290, llevándose a cabo a tal efecto un juicio de valor “ex ante” del eventual perjuicio económico, no tendría sentido una mayor penalidad por mayor merecimiento de pena, pues se excluye en el párrafo segundo del precepto la posibilidad de un mayor contenido de injusto, dado que el hecho de que finalmente acontezca el daño económico no depende en modo alguno de la voluntad del sujeto, que no realizará a tal fin ningún otro acto distinto y posterior al de la mera falsificación de las cuentas y otros documentos contables o jurídicos de la entidad. A modo de ejemplo, un supuesto contrario en el que sí justificaría un mayor merecimiento de pena, sería el de falso testimonio contra el reo en causa criminal, previsto en el artículo 458.2, cuando el mismo provocase una sentencia condenatoria.

Pero como digo, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, parece que lo correcto es entender que la mayor penalidad contenida en el párrafo segundo del artículo 290, para los supuestos en los que se produzca un perjuicio económico para la sociedad, los socios o los terceros, respondería a una mayor necesidad de pena y no a un mayor merecimiento de la misma, que no obstante como acabo de indicar no se produce. Y dado que esa mayor necesidad de pena debe tener su fundamento en razones de política criminal, resulta obligado, en consecuencia, indagar acerca de la efectiva existencia de dicha justificación, la cual habilitaría una mayor penalidad en el párrafo segundo del precepto. Sobre este particular,

teniendo en cuenta lo dicho en relación con el merecimiento de la pena, sólo podría entenderse una mayor sanción por motivos de prevención general, pero no por motivos de prevención especial, toda vez que el sujeto autor del delito no realiza ningún acto posterior a la falsedad idónea para causar el perjuicio, en orden a lograr efectivamente dicha consecuencia, no siendo por otra parte ese perjuicio el resultado del artículo 290 del Código Penal, en tanto que el patrimonio no configura desde mi punto de vista el bien jurídico protegido, debiendo descartarse igualmente, esto sí conforme a la opinión general de la doctrina, que el primer párrafo del precepto constituya una tentativa del párrafo segundo⁵⁵⁵, y que éste sea un subtipo cualificado del aquél⁵⁵⁶. Por tanto, no queda más remedio que considerar que el incremento de la pena cuando se produce un perjuicio económico, responde a razones de política criminal del legislador.

Más ampliamente y obviando el hecho de que el patrimonio no se trata del interés inmediatamente protegido, en caso de entenderse que por el contrario sí lo es, el párrafo segundo del artículo 290 no podría conformar un subtipo agravado del primero, pues para que ello fuera posible, sería precisa la

⁵⁵⁵ Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit., p. 2.218, sólo sería posible la tentativa en el supuesto de que iniciada la acción falsaria, ésta no llegara a producirse por causas ajenas a la voluntad del sujeto, planteamiento que no tiene nada que ver con entender que la no producción del perjuicio patrimonial prevista en el párrafo segundo del artículo 290, convierta al párrafo primero en la comisión en grado de tentativa de aquél.

⁵⁵⁶ A pesar de ello, no faltan autores que sí consideran que el párrafo segundo sea un tipo agravado del primero, como por ejemplo, entre otros, MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 267. También para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit., p. 2.219, el artículo 290 incorpora un subtipo agravado aplicable cuando se produjera finalmente el perjuicio económico, si bien, en opinión del autor, “la determinación del ámbito de aplicación de este supuesto agravado resulta muy difícil, pues en los supuestos en los que la falsedad haya sido determinante –mediante error- de la causación de un perjuicio para socios o terceros, el hecho deberá ser calificado como estafa, esto es, nos encontraremos ante un concurso de delitos entre el supuesto básico del art. 290 CP y un delito de estafa”.

Igualmente, no faltan Sentencias que señalan que en el caso del segundo párrafo, no hallamos en presencia de un subtipo agravado del primero. Así por ejemplo, por citar alguna, la de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268).

conurrencia de una mayor antijuricidad o culpabilidad en aquél párrafo con respecto a éste, lo que sin embargo no sucede. En función del principio de culpabilidad, no puede haber pena sin dolo o culpa y, en relación con ello, no puede afirmarse que exista mayor dolo en el segundo párrafo que en el primero, pues lo esencial en el presente delito, el elemento fundamental que lo define y lo excepciona de la atipicidad de las falsedades ideológicas cometidas por los particulares, es la idoneidad de la falsedad para producir el perjuicio patrimonial en un determinado ámbito, de tal forma que no puede exigirse al autor de la misma un conocimiento mayor con respecto al perjuicio que el de la idoneidad de su conducta para producirlo.

De la misma forma, aun entendiéndose igualmente que el patrimonio se trata del interés directamente tutelado en este delito societario, no puede ser entendido el primer párrafo un delito de peligro y el segundo de resultado lesivo, pues sería tanto como imputar al segundo un resultado a título de dolo que deriva de la comisión de un delito de peligro doloso. En relación con ello, para la mayoría de la doctrina cuando existe un delito de peligro doloso, el resultado normalmente es imprudente y no doloso, pues el dolo de peligro sólo abarca la creación del riesgo desaprobado, pero nada más. La razón de la agravación del segundo párrafo no puede ser, por tanto, el resultado de delito de peligro, pues no hay más dolo en relación con el resultado que en relación con el contenido en la idoneidad de la falsedad para producir el perjuicio económico.

En consecuencia, si se opina que el patrimonio es bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal, la solución correcta desde el punto de vista dogmático sería afirmar que el primer párrafo se trata una tentativa del segundo, especialmente prevista por el Código Penal, lo que, como he indicado en varias ocasiones, es negado por la doctrina. Y ello sería así en tanto que el sujeto, con la realización de la falsedad idónea, ya habría hecho todo lo necesario para que aconteciera el resultado lesivo del perjuicio patrimonial, que no se habría

finalmente producido por cuestiones ajenas a su voluntad. Además, la tipicidad subjetiva en el primer párrafo del precepto no abarca la producción del resultado, que se trataría, en atención a lo dicho, de un elemento objetivo.

Si contrariamente se opina que el bien jurídico protegido es otro, como por ejemplo la función del documento, la alteración del mismo por parte del autor es y se sabe suficiente por éste como idónea para producir el perjuicio económico. En este sentido, el comportamiento del párrafo segundo es exactamente el mismo que en el primero, siendo la única diferencia la agravación de la pena cuando se produce el perjuicio, perjuicio que, sin embargo, no puede considerarse resultado de nada porque, tal y como ya he señalado en líneas anteriores, no hay más dolo por parte del sujeto activo, no siendo pues un subtipo agravado del primer párrafo. La idoneidad, insisto que núcleo esencial del delito, no admite graduaciones y es lo que debe conocer el sujeto activo, nada más.

Por consiguiente, la única explicación coherente y posible a la mayor pena prevista en el párrafo segundo del artículo 290, es que se trate de una condición objetiva de punibilidad. En este sentido, no puede haber mayor necesidad de pena, ni como consecuencia de un mayor merecimiento de pena, ni por sí misma al margen de ésta, pues el comportamiento de los párrafos primero y segundo es el mismo, y, por tanto, en ambos casos, el elemento esencial que lo define es la idoneidad de la falsedad documental para provocar un perjuicio económico, no estando justificado en consecuencia un incremento de la sanción penal cuando se produce finalmente la lesión económica, pues ese resultado no depende ya de la voluntad del sujeto que llevó a cabo la falsedad idónea.

En relación con ello, a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad contenidas en los delitos defraudatorios contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, la presente en el artículo 290, párrafo segundo, no consiste

en una limitación mínima de la cuantía del perjuicio económico que pueda haberse causado, sino que en esta ocasión el mero perjuicio es lo que configura la circunstancia objetiva que hace nacer una mayor necesidad de pena. Por los detractores de que las cuantías económicas de los artículos 305.1 y 307.1 configuren condiciones objetivas de punibilidad, se apuntaba que el Código Penal de 1995, no preveía en párrafo separado, como hubiera resultado procedente, estas condiciones objetivas de punibilidad, circunstancia que sí sucede en el caso del delito societario objeto de estudio, estando contenido el perjuicio económico y el incremento de pena un párrafo aparte de la descripción típica.

Como consecuencia de lo anterior, el perjuicio económico no se erige como un elemento del tipo, pues no se configura como resultado típico, sino que el delito se agota con la falsedad documental idónea para causarlo. En el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social señalados, nuevamente por los autores que se han posicionado a favor de que las cuantías económicas en ellos contenidas forman parte del resultado típico, se alega que el hecho de que las cuantías señalaban una mayor gravedad en relación con el bien jurídico protegido, lo que no es trasladable al supuesto del artículo 290, en tanto que, de una parte, la conducta exigida en orden a la comisión del delito es la mera realización de una falsedad idónea para la causación del un perjuicio económico, sin que la falta del mismo suponga, como ya he indicado, que nos hallemos ante una comisión en grado de tentativa, y de otra parte, porque el bien jurídico protegido no es el patrimonio, tal y como he mantenido. De este modo, la previsión del párrafo segundo del artículo 290, no puede responder al principio de fragmentariedad del Derecho penal, en tanto que no responde a un mayor ataque al bien jurídico patrimonio, toda vez que, de acuerdo a lo expuesto, el mismo no configura el interés inmediatamente tutelado en la presente figura. Pero aun manteniendo que el patrimonio fuera el interés inmediatamente tutelado, tampoco estaríamos ante un mayor ataque a ese bien

jurídico en el caso del segundo párrafo, pues no hay mayor contenido de injusto porque lo esencial de la conducta no es la lesión del patrimonio, sino la idoneidad para causarlo, que es lo que precisamente conoce el sujeto.

Si se tiene en cuenta además lo que opina buena parte de la doctrina en cuanto a que el artículo 290 se trata de un delito pluriofensivo, en el que en el primer párrafo se estaría protegiendo junto con el patrimonio de la sociedad, los socios o incluso terceros, otro interés jurídico, mientras que en el segundo párrafo únicamente el patrimonio, considero que no tendría sentido que a un mayor injusto en el párrafo primero que en el segundo, sin embargo en este último se prevea una mayor o más grave consecuencia jurídica que en el primero, que, insisto, ni se configura como una tentativa del segundo, ni éste como un subtipo cualificado del primero. Como tampoco tendría sentido mantener que en el primer párrafo se protege un interés inmediato distinto del patrimonio, que es tutelado en el segundo, pues sería tanto como admitir que nos hallamos en presencia de dos delitos diferentes en un único artículo, lo que también es negado con carácter general por la doctrina.

Finalmente, por el mismo sector doctrinal defensor de las cuantías de los artículos 305.1 y 307.1 como elementos del tipo, se ha señalado que la cuantía defraudada debe entenderse abarcada por el dolo del autor, dado que ni se trata de un hecho futuro o incierto, ni de algo ajeno a la conducta del autor. En el caso del artículo 290, como ya he adelantado y como diré al analizar la tipicidad subjetiva, el dolo del autor no abarca el conocimiento del perjuicio causado, sino únicamente la idoneidad o aptitud de la falsedad para causar tal perjuicio, siendo asimismo un hecho futuro o incierto que el perjuicio llegue finalmente a producirse, pues realizada la falsedad idónea el autor no llevará a cabo ningún otro acto posterior.

Sobre las razones de política-criminal del legislador a las que respondería el incremento de la sanción penal, podría mantenerse que tienen que ver, por ejemplo, con la importancia que ostenta el patrimonio de las personas jurídicas y con su papel en el tráfico jurídico y la economía de mercado, motivo por el que se entendería necesario incrementar la sanción en los supuestos en los que, además de lesionarse el bien jurídico protegido o se produzca una falsedad idónea para causar un perjuicio económico, se menoscabe asimismo el patrimonio social o el de aquellos que concurren o se relacionan con estas entidades que participan de forma permanente en el mercado. Sin embargo, en mi opinión ello no resulta justificado, pues la protección del patrimonio desde esta óptica, no se logra mediante el establecimiento de una mayor sanción ante un hecho futurible, incierto y desconectado del dolo del autor, sino que podría llevarse a cabo de manera menos gravosa para el autor de la falsedad y más efectiva para el que se haya visto lesionado en su patrimonio, mediante la incorporación expresa en el precepto de una mención a la reparación del daño que pudiera ocasionarse, lo que no sería una excepción en el Código Penal por cuanto se prevé en determinadas figuras, como por ejemplo en el caso del delito de impago de pensiones del artículo 227, supuesto en el que el legislador ha optado por incorporar en el precepto la indemnización por el perjuicio causado, esto es, la reparación del daño mediante el pago de las cuantías adeudadas; o de e igual forma, como sucede en materia de delitos contra la seguridad vial, donde el artículo 382 introduce la mención al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado a propósito del delito contra la seguridad del tráfico. A mayor abundamiento, en cualquier caso, como he indicado anteriormente, partiendo de que las razones de política-criminal deben atender necesariamente a motivos de prevención general, no de prevención especial, lo cierto es que no resulta adecuado ni parecen justificadas las razones que han llevado al legislador a incrementar la sanción cuando el delito resulta agotado con la mera causación de una falsedad idónea para provocar un perjuicio económico.

Por consiguiente, tampoco responde el párrafo segundo al principio de subsidiariedad del Derecho penal, ese incremento de pena cuando la razón de política criminal fuera la importancia del patrimonio en el sentido indicado, por cuanto, como sucede en otras figuras tales como los daños derivados de los delitos contra la seguridad del tráfico, el perjuicio económico que pudiera acontecer tras la falsedad contable, podría ser objeto de condena por vía responsabilidad civil.

Por tanto, si la razón de política criminal del segundo párrafo del artículo 290 está relacionada con la importancia del patrimonio, considero que la solución adoptada, esto es, un incremento de la pena cuando se produce el perjuicio económico, no resulta justificada. En este sentido, considero que no existe fundamentación suficiente para la agravación de la pena en tanto que podría existir, como en otras figuras, una cláusula de responsabilidad civil que sirviera para reparar el daño que, con ocasión del delito, pudiera causarse; y asimismo, otras fórmulas de reparación del daño extrapenales. Por lo demás, no encuentro otros motivos de política criminal que pudieran tratar de justificar la mayor necesidad de pena. Y, a mayor abundamiento, en caso de querer dispensarse protección directa al patrimonio en vía penal, lo que supondría entonces hallarnos en presencia de un delito de naturaleza patrimonial, tal tutela podría haberse obtenido con toda probabilidad, a partir de otras figuras atentatorias contra el patrimonio⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Comparto la opinión de MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 246, 248 y 249, –a excepción de que el bien jurídico tutelado sea “*el interés que el orden social y económico constitucional tienen en que la información que han de publicar las sociedades sea veraz*”, aunque, sin duda, dicho bien jurídico es muy cercano y comparte igual trasfondo que el por mí defendido, la funcionalidad del documento, especialmente la probatoria de la situación jurídico-económica de la entidad en orden al correcto funcionamiento de la economía de mercado y el tráfico jurídico-mercantil, que alcanza su momento culmen con la publicación registral de los documentos falsificados-, cuando afirman que “*si hubiera que hacer equivalentes el interés patrimonial y el bien jurídico tutelado, ello se comparecería mal con el principio de mínima intervención y carácter de última ratio, puesto que la protección de dichos intereses de naturaleza individual se dispensa en la legislación mercantil a través de las posibilidades de impugnación de acuerdos sociales nulos o lesivos (y lo serían los de aprobación de las cuentas inciertas o falsas, ex arts. 115 y ss. LSA para este tipo de sociedades, o los relativos a la aplicación de resultados). Incluso la propia sistemática*

Debe concluirse por tanto que, tal y como está configurado el artículo 290 del Código Penal, la causación del perjuicio económico y la consecuente mayor penalidad configuran una condición objetiva de punibilidad. Regulación que no se entiende correcta ya que la mayor penalidad como consecuencia del perjuicio económico, no se residencia en verdaderas razones de política-criminal, lo que lleva a afirmar de “lege ferenda”, que carece de sentido el mantenimiento del segundo párrafo del artículo.

1.6. Tipo de omisión:

La mayoría de la doctrina considera que es posible la comisión del delito en forma omisiva, mediante la ocultación de datos e información que habría de constar en los documentos que configuran el objeto material del delito⁵⁵⁸, si bien dichos datos e información habrán de presentar o tener entidad suficiente como para entenderse falseada la información, lo que tendrá lugar cuando ello suponga o implique no mostrar la verdadera situación económica o jurídica de la

del Código penal nos orienta en el sentido de que el bien jurídico tutelado no es de naturaleza estrictamente patrimonial, puesto que si tal fuera bastaría con la protección dispensada a través de los tradicionales delitos contra el patrimonio (estafa y apropiación indebida, fundamentalmente)”.

⁵⁵⁸ DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995”, en Del Rosal Blasco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Empresa y Derecho Penal (I)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 129 y 130; ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 85; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 171; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 164; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 832; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos... cit., p. 206; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit., p. 404; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 81; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., p. 578; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 330.

entidad⁵⁵⁹. Teniendo presente esta corriente mayoritaria, la comprobación de si es o no posible la modalidad omisiva en el delito recogido en el artículo 290, requerirá del análisis de las distintas formas de omisión, esto es, la omisión pura o propia, la omisión vinculada causalmente a un resultado, y la omisión impropia o comisión por omisión⁵⁶⁰.

Dicha comprobación parece que lo lógico es comenzarla verificando, primeramente, si es o no posible la realización de las falsedades documentales genéricas mediante omisión dado que, como he mantenido, nos hallamos ante un delito de falsedad documental, consistente, generalmente, en faltar a la verdad en la narración de los hechos por parte de las personas encargadas de confeccionar los documentos que han de servir para dejar constancia del estado real

⁵⁵⁹ Por citar a alguno, así de entre los anteriores autores ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 85; o GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 832.

⁵⁶⁰ Sobre las modalidades de omisión, vid., entre otros, LACRUZ LÓPEZ, J.M., *Comportamiento omisivo y Derecho Penal*, Madrid, 2004; HUERTA TOCILDO, S., *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, y *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997; o SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Buenos Aires, 2003. Y sobre esta triple clasificación de los delitos de omisión, vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Valencia, 2007, p. 46; y RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 77. Vid. también el resumen que de la omisión y de sus modalidades y aspectos hace BUSTOS RUBIO, M., *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Madrid, 2013, pp. 13 y ss., y “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de Derecho penal mínimo e inexigibilidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, Madrid, 2014, pp. 95 y ss.

Sin ánimo en este momento de profundizar sobre la posible clasificación de los delitos de omisión o de las posibles modalidades omisivas, lo cierto es que mientras autores como MUÑOZ CONDE, F., *Teoría... cit.*, p. 46 o RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *La omisión...cit.*, p. 77, hacen la triple clasificación o distinción señalada, otros autores como OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal, parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1986, p. 563, opinan que no deben distinguirse los delitos de omisión vinculados con un resultado, sino que, sencillamente, o bien estamos en presencia de omisiones propias o bien ante omisiones impropias; por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *El delito... cit.*, pp. 425 y ss., distingue los delitos de omisión pura de los delitos de omisión referida a un resultado, si bien dentro de éstos últimos diferencia las omisiones referidas a un resultado sin equivalencia omisiva, las omisiones con equivalencia comisiva determinada y las omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminada, consistiendo éstas últimas en los supuestos de comisión por omisión.

económico o jurídico de la entidad mercantil, configurándose, en consecuencia, como una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares sobre documentos mercantiles, siendo igualmente posible que el delito tenga lugar a través del resto de formas contenidas en el artículo 390.1 del Código Penal⁵⁶¹.

Sobre la posibilidad de que las figuras de falsedad documental puedan tener lugar mediante una omisión pura u omisión propia, esto es, como consecuencia de la no realización de la conducta debida y esperada por la norma, penalizándose en estos casos la omisión realizada y no el resultado que pudiera derivarse de la misma, parece claro que ello no es posible en tanto que la descripción de las conductas del artículo 390.1 del Código Penal, no presenta forma negativa, sino que enuncia una determinada acción positiva, en la que se prohíbe la realización de determinadas conductas. Así, en el citado artículo 390.1, se hace referencia a la comisión de la falsedad *“alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial”, “simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”, “suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho”, y “faltando a la verdad en la narración de los hechos”*, todas ellas acciones positivas y, por tanto, sin que se trate de un precepto de descripción negativa.

Como pone de relieve GARCÍA CANTIZANO, *“falsificar conlleva ya la idea de ejecución de una determinada acción encaminada a desvirtuar el sentido probatorio del documento. Desde este punto de vista, la omisión pura, entendida*

⁵⁶¹ Parte del mismo planteamiento, entre otros, NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 458 y ss., señalando que *“analizar la referencia al art. 390 Código penal es imprescindible a la hora de efectuar el análisis de la conducta típica, por cuanto la acción realizada por los posibles sujetos activos, en uno y otro precepto, es la misma. De idéntico modo, en el campo de la omisión, se hace también necesario remitirnos al estudio de las falsedades documentales”*.

como no ejecución de la acción esperada al sujeto estructuralmente no es concebible en el marco de la falsedad documental...” ya que “...típicamente se está exigiendo que el contenido del desvalor de la acción se fundamente sobre un hacer positivo, en el sentido estricto: falsificar es actuar de forma que se disimule el sentido auténtico y verídico de la declaración documental”⁵⁶². En consecuencia, y dado que el delito contemplado en el artículo 290 de la norma penal sustantiva es una modalidad de falsedad documental, con las especificidades indicadas, y que la descripción del tipo también en este caso lo es en sentido positivo, puede afirmarse que no es posible que la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos contables o jurídicos pueda tener lugar por omisión propia. Precisamente así lo enuncia, entre otros, NÚÑEZ CASTAÑO, al decir que “la acción falsaria como omisión pura, que definiríamos como la no ejecución de la acción esperada por el Ordenamiento, no tiene cabida en la descripción típica de las falsedades documentales genéricas y, por consiguiente, tampoco en las falsedades societarias. Si los delitos de omisión pura son aquellos que contienen una descripción negativa de una conducta, de forma que se obliga al sujeto a realizar algo, es evidente que las modalidades descritas en el art. 390 Código penal no revisten esta forma negativa; por el contrario, se estructuran como comportamientos activos que consisten en prohibir al sujeto realizar determinadas conductas, no en obligarle a realizar otras”⁵⁶³. Resta añadir que, además, la mera no presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, no altera la imagen fiel de la entidad.

Descartada la posibilidad de que los delitos de falsedad genéricos y el de falsedad contable puedan efectuarse mediante un no hacer, debe por iguales motivos descartarse, en segundo lugar, el caso de los delitos de omisión

⁵⁶² GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, pp. 311 y 312. Vid. también la misma, *Falsedades documentales... cit.*, p. 115.

⁵⁶³ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 461.

vinculados causalmente a un resultado, distintos de la comisión por omisión u omisión impropia⁵⁶⁴, esto es, las omisiones consistentes en una descripción negativa de la conducta, concurrente o no con una descripción positiva, que además está causalmente vinculada a un resultado. Como digo, puede afirmarse lo mismo que en el caso de la omisión pura, toda vez que los delitos de falsedad documental, y así el de falsedad contable, no contienen una descripción negativa de las conductas⁵⁶⁵.

Finalmente, en el caso de la comisión por omisión, no se exige una descripción negativa de la conducta de que se trate en el tipo, sino que consisten en omisiones equivalentes a la comisión que, además, hacen referencia a un concreto resultado, debiendo llevarse a cabo por quien ostenta un deber legal o contractual de actuar para evitar precisamente que tal resultado acontezca. En relación con el primero de estos aspectos, esto es, que una conducta omisiva sea equiparable a la conducta positiva que el precepto recoge, tanto en el caso de los delitos de falsedad documental genéricos como en el supuesto específico del artículo 290 del Código Penal, la cuestión pasa por aceptar que la no inclusión de determinados datos o información en el documento, efectivamente es una forma de omisión equivalente a la conducta consistente en incluir datos falsos. Si bien “a priori” para la mayoría de los autores no presenta dificultad admitir que la no inclusión de cierta información en un documento que debería constar, es una forma de omisión, sin embargo, algunos otros como ROCA AGAPITO, opinan por el contrario que, en realidad, *“siempre vamos a estar ante una modalidad activa, porque aunque la falsificación consista en silenciar u ocultar ciertos*

⁵⁶⁴ Los delitos cometidos a través de la omisión impropia o comisión por omisión, son delitos en los que la omisión está causalmente vinculada con un resultado, si bien, en atención a la triple distinción realizada en líneas anteriores acerca de los supuestos de omisión, su tratamiento lo realizaré de forma separada.

⁵⁶⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 461.

datos o valoraciones, el hecho es que se ha elaborado un documento falso”⁵⁶⁶. De manera más ecléctica, autores como CASAS BARQUERO, aun admitiendo la posibilidad del delito de falsedad documental mediante omisión, sin embargo reconocen que *“la falsedad omisiva en el efecto nunca existirá, porque el documento no nace de la nada, o sea omitiendo, por lo que habrá en todo caso una acción-omisión, y esto se da íntegramente en la falsedad total”*⁵⁶⁷. Como expone FARALDO CABANA en relación con la opinión de algunos autores, en muchas ocasiones en el silencio puede observarse un acto concluyente idóneo para la producción de un perjuicio económico, lo que tiene lugar cuando la conducta del autor, ya activa en otro sentido, ya completamente pasiva,

⁵⁶⁶ ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 723. PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 405 y 406, en el mismo sentido afirma que *“no se puede hablar de omisión en sentido propio en el marco del art. 290 del CP, pues el engaño no deriva tanto de lo que se omite, como de lo que se afirma, que es, evidentemente, parcial, ya que se han silenciado datos”*. O MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos... cit., p. 206, al señalar que *“la acción típica en el art. 290 puede materializarse, en concreto, a través de diversas modalidades específicas: no sólo en la inclusión de anotaciones ficticias, sino también en la simple omisión de datos en el seno del documento que efectivamente se presenta. Ahora bien, incluso en este último caso la conducta consistirá siempre en una acción positiva (como desde luego es la confección del documento falseado), sin que, por tanto, nada tenga que ver aquí la problemática de la omisión impropia”*.

En relación con este punto de vista y con los delitos de falsedad documental genéricos, FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Falsedades... cit.*, p. 191, en alusión a GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit Penal Français*, tomo IV, París, 1922, y a CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, Barcelona, 1976, pone de manifiesto cómo para los citados autores, la omisión se entiende como lo que no está pero que debería estar, opinión frente a la que difiere, ya que en ámbito penal no puede hablarse de omisión *“cuando la conducta que integra el tipo de injusto requiere para su perfección la realización del hecho positivo”*, lo que sucede en el caso de todas las falsedades documentales. *“En definitiva, en toda falsedad se omite lo verdadero, lo auténtico o legítimo, puesto que lo que se produce en todos los supuestos denominados <<falsedades>> es la sustitución de determinados extremos esenciales del documento, que son omitidos en cuanto que no aparecen en el mismo y en cuyo lugar aparece lo inauténtico, ilegítimo o inveraz: lo falso. Esto es lo que da contenido a la falsedad, y en mayor medida aún a la falsedad penal. Tal omisión, consustancial a toda falsedad, adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que se traduce en una manifestación al exterior a través de una acción, como sucede en este caso, o de una omisión penal en los casos en que ello sea posible”*.

⁵⁶⁷ CASAS BARQUERO, E., *El delito... cit.*, p. 196. Afirma el autor que en verdad no se plantean dificultades para la admisión de omisiones parciales, en las que lo único se oculta es una parte de la información que habría de constar en el documento, pero en realidad tal ocultación afecta a la totalidad del mismo. Si bien con carácter general el delito de falsedad documental será un delito de acción, sin embargo no debe excluirse que la falsedad pueda tener lugar mediante una actividad negativa, cuando el resultado sea indicar algo que no es verdadero, *“haciéndose resaltar en él la constitución de una situación distinta de la verdadera”*.

constituye una intromisión en la esfera jurídica ajena por ser en realidad una realización típica comisiva, siendo muchos de los supuestos habitualmente considerados como falsedades omisivas ciertamente falsedades activas, *“reconducibles a la teoría de los actos concluyentes desde el momento en el que aparecen en el seno de un comportamiento complejo positivo dentro del cual cobra relevancia no tanto la mera omisión cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone”*⁵⁶⁸.

Desde esta óptica, y ya en el caso particular del artículo 290, aun a pesar de que el administrador no hubiera incluido en los documentos alguna información que fuera relevante, capaz de dar una imagen irreal de la entidad, sin embargo lo cierto es que habría llevado a cabo, en todo caso, una conducta activa, consistente en la confección de un documento incompleto o parcial, debiendo admitirse, en este sentido, que la falsedad podría tener lugar en cualquier forma, en cuanto a la adición o sustracción de datos, lo que sin embargo no significaría que estuviéramos ante un delito que admitiese esta modalidad omisiva.

A mi modo de ver, ambas cuestiones son compatibles: tan aceptable es la opinión acerca de la cual el hecho de no incluir algunos aspectos o datos consiste en una verdadera conducta omisiva, como aquella que defiende que estamos realmente ante una conducta activa, consistente en documentar sólo parte de la

⁵⁶⁸ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 398, y *Los delitos...* (2015) cit., p. 148. En igual sentido NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 465, al apuntar cómo *“en muchos casos el silencio posee un valor verdaderamente significativo y puede verse en el mismo un acto concluyente, idóneo para causar un perjuicio económico a otra persona. Es decir, sobre la base de la significación, tan acentuada e inequívoca, que determinados actos y comportamientos tiene en un contexto social determinado, se hace innecesaria la utilización de otra serie de signos o símbolos, que inciten al sujeto pasivo a aprehender un concreto significado. De este modo, en muchos supuestos, que habitualmente son considerados como falsedades omisivas, en realidad constituyen conductas activas, desde el momento en que aparecen en el seno de un comportamiento complejo positivo, dentro del cual cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone”*.

información, si bien en ambos casos, será preciso que dichos datos e información no contemplados en el documento, presenten o tengan entidad suficiente como para entenderse falseada la información, lo que sucederá cuando ello suponga o implique no mostrar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad. Y ello porque para aquéllos que entiendan que se trata de una conducta omisiva, sin embargo será plenamente equivalente a la conducta activa descrita en el precepto, mientras que para aquéllos que entiendan que no existe una omisión sino únicamente una acción, esa acción consistirá en la inclusión parcial de la información que debería contenerse en el documento, lo que igualmente es equivalente a una omisión. Precisamente en relación con lo anterior y con la compatibilidad indicada, lo cierto es, como pone de manifiesto, entre otros autores, PÉREZ VALERO, que *“desde el punto de vista de la tipicidad, no es relevante que la conducta se lleve a cabo por acción u omisión, pues lo importante es que se modifique la imagen que de la empresa ofrecen los documentos”*⁵⁶⁹. En igual sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en opinión de quien la infracción del deber en que consiste el delito, es irrelevante que tenga lugar en forma activa, esto es, proporcionando información que no se corresponda con la realidad, u omisiva, ocultando cierta información⁵⁷⁰.

Sin embargo, a pesar de esta compatibilidad, la admisión de la omisión como modalidad de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo del delito, tiene evidentemente sus efectos. Mientras que en el caso de optarse por la existencia de una conducta activa, tanto los delitos de falsedad documental, como el de falsedad contable del artículo 290 del Código Penal, podrán ser delitos de mera actividad o de resultado, por el contrario, en caso de optar por entender la existencia de una conducta omisiva cuando no se hacen constar ciertos datos o informaciones en los documentos, sólo podríamos estar en presencia de delitos

⁵⁶⁹ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 405.

⁵⁷⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *“Capítulo... cit.*, p. 2.217.

de resultado, en tanto que la vinculación con dicho resultado, así como deber de evitarlo por parte de quien ostenta la posición de garante, son elementos constitutivos de la comisión por omisión. En consecuencia, cuando la mayoría de la doctrina defiende que en el apartado primero del artículo 290, nos hallamos en presencia de un delito de mera actividad, de peligro abstracto⁵⁷¹, para estos autores no podrá admitirse la posibilidad de que la no inclusión de determinada información relevante en los documentos contables o jurídicos de la entidad, constituya una conducta omisiva, puesto que la misma no estaría referida a un resultado (ni podría mantenerse que el sujeto activo ostenta una posición de garantía frente al mismo). Contrariamente, en el caso del apartado segundo del citado artículo 290, dado que esa misma mayoría de la doctrina considera que en el supuesto del apartado segundo sí nos hallamos en presencia de un delito de resultado, de lesión del patrimonio⁵⁷², podría tener lugar el delito de falsedad en las cuentas anuales y otros documentos sociales a través de omisión impropia, siempre que concurren lógicamente el resto de requisitos que la constituyen. Sin embargo, en relación con lo expuesto, carece de sentido o resulta absurdo que estos autores no admitan en el primer apartado del delito la posibilidad de

⁵⁷¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p.659; CARREÑO AGUADO, J., *El tratamiento... cit.*, p. 396; DE SOTO CARNIAGO, J.J., “El falseamiento... cit., p. 448; GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 216; GARRETA SUCH, J.Mª., *La responsabilidad civil, fiscal, y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, 1997, p. 361; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 502; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 92; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, pp. 542 y 543. Debe tenerse en cuenta que según opinión mayoritaria en la doctrina, los delitos de aptitud o de peligro hipotético, a los que hice referencia en líneas anteriores, deben encuadrarse en el seno de los delitos de peligro abstracto. Desde esta perspectiva, BLANCO LOZANO, C., *Tratado... cit.*, p. 646; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 95; GÓMEZ RIVERO, Mª.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 510; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, pp. 380 y 381; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, p. 207; el mismo, “Los delitos... cit., p. 206; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., pp. 723 y 724; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 186, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 108; SOUTO GARCÍA, E.Mª., “Problemática... cit., p. 91; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 430.

⁵⁷² Por citar algunos, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p.659; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE) cit.*, p. 502; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios... cit.*, p. 92; o SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 543.

cometerlo por omisión, pero sí lo aprecien en el segundo caso, lógicamente por limitaciones dogmáticas vinculadas a las conductas omisivas, cuando al margen del resultado al que apuntan, esto es, prescindiendo de la lesión económica, la conducta es la misma en uno y otro caso, lo que como digo parece ilógico, salvo que estos autores aclaren que nos hallamos en presencia de dos figuras delictivas distintas, lo que sin embargo tampoco afirman.

La solución al problema planteado parece que se solventaría admitiendo la concurrencia de varios bienes jurídicos protegidos en el artículo 290 del Código Penal, como hacen gran parte de los autores⁵⁷³, esto es, que estamos ante un delito pluriofensivo, de tal manera que podría mantenerse que en el apartado primero se estarían protegiendo bienes tales como la función de los documentos o el derecho a una información veraz, mientras que en el caso del apartado segundo se protegería el patrimonio. Sin embargo, teniendo en cuenta que la única diferencia entre uno y otro apartado radica en la causación de un perjuicio económico a la propia entidad, a sus socios o a terceros, si se afirma que el patrimonio es exclusivamente objeto directo de protección en el segundo de los apartados, como hacen estos autores, sería tanto como admitir que nos hallamos en presencia de dos delitos distintos dentro del artículo 290, pues no parece que se pueda mantener en tal caso, ni que el primer párrafo sea una tentativa de la conducta descrita en el segundo, que resulta aplicable cuando no se alcanza el resultado lesivo para el patrimonio, que curiosamente no se protege en el primer apartado, ni que el segundo párrafo sea un subtipo cualificado del primero, que opera cuando efectivamente se ha causado tal perjuicio económico, de nuevo

⁵⁷³ Como se ha señalado en líneas anteriores, una gran mayoría de la doctrina opina que nos hallamos ante un delito pluriofensivo en el que junto con el patrimonio se protege de forma inmediata algún otro bien jurídico. Así, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., pp. 94 y 95; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 370, y *Los delitos...* (2015) cit., p. 120; GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones...* cit., p. 508; LUZÓN CUESTA, J.M^a., *Compendio...* cit., p. 207; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...* (PE) cit., pp. 373 y 374; el mismo, *Derecho penal económico y...* cit., p. 207; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24^a. Delitos... cit., p. 720.

porque el patrimonio no se protege en el primer apartado; diferentes delitos pues que, como he indicado anteriormente, esta doctrina mayoritaria sin embargo no contempla. Y si por el contrario se opina que dentro del primer apartado también se estaría protegiendo el patrimonio, entonces estaríamos en presencia de un único delito, sin que tenga en tal caso sentido mantener que una misma actuación frente a un mismo bien jurídico protegido, el patrimonio, puede tener lugar en un párrafo únicamente a través de una conducta activa, mientras que en el otro apartado mediante una conducta activa u omisiva, exclusivamente por el hecho de haberse producido en éste último supuesto el mencionado perjuicio económico.

Lo anterior pone nuevamente de manifiesto dos cuestiones: una, que la causación efectiva del perjuicio económico, no forma parte de los elementos de la tipicidad del delito, sino que constituye una condición objetiva de punibilidad en el sentido indicado en líneas anteriores; y otra, que el patrimonio no es en modo alguno el bien jurídico protegido en el delito de falsedad de las cuentas anuales u otros documentos jurídico-económicos de la entidad, como vengo manteniendo en la presente investigación.

Al igual que para la mayoría de la doctrina, como en el caso de los delitos de falsedad documental genéricos, resulta efectivamente correcto admitir la posibilidad de que pueda producirse una conducta omisiva en el supuesto de ocultación de información en los documentos contables y/o jurídicos, omisión que es plenamente equiparable, por los motivos expuestos, a la conducta activa consistente en hacer constar datos falsos en los mismos, siempre que tal omisión suponga o implique no mostrar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad. Como pone de manifiesto SILVA SÁNCHEZ⁵⁷⁴, la equivalencia entre la acción y la omisión se configura como el principal de los requisitos y, en relación

⁵⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., *El delito... cit.*, pp. 425 y ss.

con ello, así NÚÑEZ CASTAÑO, *“si no se quiere infringir el principio de legalidad, ni contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión pura, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el tipo legal”*⁵⁷⁵, como sucede en el presente caso, pues *“el silencio del administrador, respecto de determinados extremos de la situación económica de la sociedad que deban reflejarse en las cuentas anuales, conlleva la misma distorsión de la imagen fiel de la empresa que si el falseamiento se realizase mediante la afirmación de hechos y datos falsos”*⁵⁷⁶. Parece por tanto fácilmente admisible la equiparación entre la acción y la omisión en el específico delito de falsedad en las cuentas anuales y otros documentos jurídicos o económicos, en tanto que en ambos casos el efecto es la presentación de un estado jurídico-económico de la entidad distinto del real, falta de imagen fiel de la entidad que siempre deberá ser capaz de producir un perjuicio económico, y todo ello con independencia que en determinados supuestos, el hecho de que el administrador haya omitido cierta información o datos en los documentos contables o jurídicos que haya confeccionado, tenga tal entidad y significancia que haya de entenderse en dicho silencio un acto concluyente, idóneo para causar la lesión al bien jurídico o, como dice el artículo 290, para causar el citado perjuicio económico a la propia sociedad, sus socios o terceras personas relacionadas con la entidad. Por tanto, lo determinante será la alteración del documento, siendo equiparable que ello haya tenido lugar por acción o por omisión.

Visto así el primero de los elementos, para poder afirmar que la omisión impropia es posible en el delito de falsedad de las cuentas anuales, quedan por

⁵⁷⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 463.

⁵⁷⁶ *Ibídem.*, p. 465.

analizar, de una parte, la vinculación con el necesario resultado, y de otra, el hecho de que la conducta omisiva sea llevada a cabo por quien ostenta un deber legal o contractual de actuar para evitar precisamente que tal resultado acontezca.

En cuanto a la precisa vinculación con el resultado, según el artículo 11 del Código Penal, que regula la comisión por omisión, se concreta en la no evitación del mismo, lo que equivale a su causación. En este sentido, si bien la descripción positiva del delito contenido tanto en el artículo 390, como en el 290, supone la prohibición de actuar de una determinada forma y no una obligación de evitar un determinado resultado, sin embargo la vinculación con el resultado se establece precisamente en la no realización de la prestación positiva de salvaguarda del bien jurídico en peligro⁵⁷⁷; de este modo, para que el delito pueda ser entendido posible en comisión por omisión, la omisión de determinada información en los documentos por parte del administrador, deberá suponer un efectivo ataque al bien jurídico protegido, cuya no evitación equivaldrá a la comisión del delito en forma activa.

Finalmente, en cuanto al tercero de los requisitos, la posición de garantía del sujeto activo, de acuerdo con el citado artículo 11 del Código Penal, tendrá lugar, bien *“cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar”*, bien *“cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgos para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”*. En los delitos genéricos de falsedad documental, parece claro que en el caso de las falsedades cometidas por funcionarios y autoridades, podría apreciarse sin excesiva dificultad el especial deber u obligación de actuar en relación con su profesión o desempeño de su cargo, ostentando de este modo la posición de garante⁵⁷⁸. Y en el caso de la falsedad llevada a cabo por particular, lo cierto es

⁵⁷⁷ Ibídem., pp. 462 y 463.

⁵⁷⁸ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Falsedades... cit.*, p. 190.

que, a pesar de que el deber jurídico de actuar, rara vez se fundamentará en la práctica, *“empíricamente no cabe descartar que el autor tenga un deber de actuar positivamente o de decir la verdad en virtud de fundamento jurídico vinculante”*⁵⁷⁹. En relación con el delito societario de falsedad contable, el especial deber jurídico u obligación del autor debe concurrir en la figura del administrador de hecho y de derecho para que el delito pueda tener lugar a través de la omisión impropia, debiendo acudir a la rama mercantil del Ordenamiento jurídico en aras a la comprobación de la existencia o no de ese deber u obligación determinante en la evitación del resultado. En este sentido, el artículo 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital, establece que los administradores deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, y el artículo 226 de igual Ley, cómo deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social, cumpliendo los deberes impuestos por las leyes y los estatutos. Parece que de lo anterior se deduce con nitidez que los administradores han de ser veraces en relación con la información que reflejen en los documentos responsables de confeccionar, de tal forma que la imagen que se proporcione de la entidad a través de los mismos, sea real. Puede afirmarse por tanto que existe un deber legal de los administradores en mostrar la imagen fiel de la entidad y en llevar a cabo una contabilidad ordenada y rigurosa, lo que es fuente de su posición de garante, siendo esta la opinión dominante en la doctrina, que aprecia en la figura del administrador esa posición de garante precisamente por tener el deber jurídico de proporcionar datos reales y veraces sobre la situación de la entidad⁵⁸⁰ y, especialmente, en relación con las cuentas anuales,

⁵⁷⁹ CASAS BARQUERO, E., *El delito... cit.*, p. 198.

⁵⁸⁰ CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), CARDENAL MONTRAVETA, S., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., GALLEGU SOLER, J.I., GÓMEZ MARTÍN, V. y HORTAL IBARRA, J.C., *Manual... cit.*, p. 687; DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito... cit.”, pp. 129 y 130; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 171 y 172 (sostiene el autor que “la específica obligación jurídica, que vincula al administrador y le impone un deber de veracidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11, podría dar lugar a la modalidad de comisión por omisión en base al criterio del deber jurídico, equiparándose la omisión con la conducta activa”); GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit.”, p. 832; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 330 (para estos autores, el deber de garante del administrador

en atención a que la legislación le ha otorgado, de manera exclusiva y excluyente, el poder de confeccionarlas, lo que ha dado lugar a una dependencia total de la veracidad respecto de los criterios manejados por el administrador⁵⁸¹.

En conclusión, como pone de manifiesto GARCÍA CANTIZANO⁵⁸², debe partirse de la premisa que, en los delitos de falsedad documental, una de las formas de alterar el sentido probatorio del documento es “*la no constatación de aquello que en él debería aparecer*”, de tal suerte que sería posible la producción de este delito a través de la omisión llevada a cabo por quien ostenta “*una concreta obligación que le impele al cumplimiento correcto de la documentación llevada a cabo*”, pesando sobre él “*...el deber de evitar una constatación falsa documental, que es la que fundamenta su posición de garante*”. En el caso de la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos que hayan de reflejar el estado económico o jurídico de la entidad, igualmente debe admitirse que una de las maneras de llevar a cabo la falsedad será mediante la conducta omisiva, consistente en silenciar por parte del administrador determinada información que afecte de manera decisiva a lograr procurar una imagen irreal del estado jurídico-económico de la empresa, la cual deberá ser además, para la apreciación del delito societario, de una entidad tal que sea capaz de causar perjuicios económicos en la propia sociedad, sus socios o terceros; al cumplirse estos requerimientos, podrá afirmarse que la conducta omisiva es equiparable a la activa, ya que el efecto de omitir datos será el mismo que el de silenciarlos, suponiendo la misma distorsión de la imagen fiel de la empresa⁵⁸³ y un ataque al bien jurídico protegido.

derivaría concretamente de los artículos 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital, los cuales apuntan a la exigencia de un comportamiento diligente y ordenado, y al deber de lealtad).

⁵⁸¹ Por todos, así lo expresa PÉREZ VALERO, I., *El delito...* cit., p. 410.

⁵⁸² GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades...* cit., p. 312.

⁵⁸³ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 465.

La admisión de la posibilidad de que el delito pueda tener lugar por comisión por omisión, implica admitir que nos hallamos en presencia de un delito de resultado, y no de mera actividad ni, en consecuencia, de peligro abstracto.

2. SUJETOS ACTIVOS: EL ADMINISTRADOR DE DERECHO Y DE HECHO.

El artículo 290, al igual que el 293, 294 y el recientemente suprimido 295 del Código Penal⁵⁸⁴, señala expresamente como autor o sujeto activo a los administradores de hecho y de derecho⁵⁸⁵, pero contrariamente a lo que ocurre con el concepto de sociedad a efectos penales del artículo 297 del Código Penal, la norma no aclara en este Capítulo qué debe entenderse por administrador de hecho, sin que tampoco el artículo 31 del texto penal haya dado respuesta a esta cuestión, aportando alguna definición que hubiera sido trasladable o tenida en cuenta en relación con la mención que se hace a los administradores en los

⁵⁸⁴ A través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁸⁵ Aunque en la literalidad de los artículos 291 y 292 no se alude concreta referencia a la figura del administrador, sin embargo, en el caso del artículo 291, junto con los socios, podrán ser autores los administradores, mientras que en el caso del artículo 292, sujetos activos podrán ser, al menos, los socios o los miembros del consejo de administración de la entidad. Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Los delitos... cit.*, pp. 666 y 670; FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, pp. 222 y 246; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 57; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos..., cit.*, pp. 216 y 234; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 65 y 78; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, pp. 137 y 138; o SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos...cit., pp. 133 y 144. No obstante lo anterior, como ponen de manifiesto DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 57, a pesar de que puede afirmarse que en los artículos 291 y 292 del Código Penal, podrán ser sujetos activos del delito los administradores, sin embargo la figura concreta del administrador de hecho no adquiere en las citadas figuras la misma relevancia que la que sí tiene en el resto de delitos societarios. En opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 521, en el caso de los artículos 291 y 292 del Código Penal, el autor deberá ostentar siempre la condición de socio.

delitos societarios⁵⁸⁶, definición que resulta precisa en tanto que no es suficiente llevar a cabo una mera equiparación de ambos tipos de administradores, el de hecho y el de derecho, como se hace en todos los preceptos señalados, dado que, como diré a continuación y ha manifestado reiteradamente la doctrina, habrá supuestos en los que no siempre será posible llevar a cabo ese ejercicio, esencialmente, cuando el ilícito penal consista en atender un deber en relación al cual sólo es competente quien ostenta la administración formal de la entidad de que se trate⁵⁸⁷.

Esta ausencia de definición penal del administrador de derecho y del administrador de hecho, ha obligado a acudir a otras ramas del Derecho y a un esfuerzo de interpretación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, de tal forma que se puedan delimitar los posibles sujetos con capacidad bastante como para ser autores de los distintos delitos.

Con carácter previo a abordar el estudio de cada uno de estos conceptos, resulta oportuno poner de manifiesto algunos aspectos destacables relacionados con la cuestión. En primer término, parece lógico afirmar que para todos estos delitos societarios en los que se hace mención expresa a los administradores de hecho y de derecho, nos hallamos ante conceptos comunes y unitarios, esto es, puede hablarse de un único y genérico concepto de administrador de hecho y de administrador de derecho para todos ellos, no obstante lo cual, en atención a las diferentes situaciones según el delito de que se trate y a las diferentes cualidades que ha de presentar el autor en cada uno de ellos, es preciso que este concepto común contenga todas las situaciones heterogéneas, de tal forma que puedan

⁵⁸⁶ Como referiré a continuación, la mención el artículo 31 del Código Penal se refiere a un ámbito penal totalmente distinto del de los delitos societarios.

⁵⁸⁷ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 80 y 81; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000, p. 75; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 271; TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., *Delitos societarios: el derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid, 1987, p. 60.

integrarse todas las particularidades de los distintos tipos⁵⁸⁸; concepto unitario y común que permite un estudio de estos administradores formales y fácticos de manera autónoma con respecto a estos delitos⁵⁸⁹. Lo contrario generaría una inseguridad jurídica aún mayor de la que ya de por sí puede derivarse de la ausencia de una definición penal de quiénes son estos sujetos, no pudiendo pensarse que mientras que en un delito societario se hace referencia a un sujeto determinado, en otro el concepto de administrador de hecho o de derecho alude a una persona que en modo alguno guarda identificación con la que se refiere en aquel otro precepto. Además, no parece coherente que la mención que la norma penal sustantiva hace de los administradores de hecho y de derecho en los distintos delitos societarios, aluda a diferentes realidades o sujetos, conceptualmente hablando. Distinto es que cada tipo penal exija que el sujeto que realiza el hecho deba reunir, según los casos, unos determinados o concretos requisitos y/o cualidades para poder reunir la condición de autor del delito, toda vez que nos hallamos “a priori” ante delitos –los societarios- especiales propios⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código penal”, en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, p. 146. Aunque expresado de otra manera, GALLEGO SOLER, J.I., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal” en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002, p. 171, hace referencia a esta idea en relación con el concepto de administrador de hecho, al señalar que “conforme a lo que vengo sosteniendo, aunque el concepto de administrador de hecho es único para el Derecho penal, tiene un alcance diferenciado en cada uno de los distintos delitos societarios, puesto que la configuración de casi todos los delitos societarios como delitos de dominio... hace que haya que analizar quién podrá tener el dominio del hecho a la vista de la concreta estructura típica”.

⁵⁸⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Administradores... cit., p. 146; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 270 y 271. A pesar de esta opinión, generalizada en la doctrina, existen voces que precisamente plantean, en sentido contrario, que no existe un concepto único de administrador de hecho válido para todos los delitos societarios. Vid. en este sentido, ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Barcelona, 2005, p. 93.

⁵⁹⁰ Esta es la opinión generalizada en la doctrina. Por todos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas... cit., p. 458. Más adelante haré mi toma de postura en relación con el artículo 290 del Código Penal como delito especial propio.

En relación con la mención expresa que igualmente se hace a los administradores de hecho y de derecho en el artículo 31 del Código Penal, en referencia al “actuar en lugar de otro”⁵⁹¹, comparto la opinión de GÓMEZ BENÍTEZ cuando señala que la cita de dicho precepto y la que se hace en los delitos societarios, ciertamente se refieren a un ámbito penal claramente diferente, en tanto que en el primero de los preceptos nos hallamos ante una previsión específica, vinculada a los delitos especiales propios, que habilita la aplicación del tipo a quien ha sido su autor, al investirle de las cualidades o características específicas que se requieren para poder serlo, las cuales “a priori” no reúne, lo que es posible cuando dichas cualidades las tiene la persona jurídica o física a la que representa el actor material, mientras que en el caso de los delitos societarios se refiere a las personas que resultan idóneas para cometer el ilícito penal en concepto de autor, al reunir, en principio, directamente las cualidades necesarias para ello según el tipo⁵⁹². En este sentido, me uno a la

⁵⁹¹ Vid., por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal”, en el mismo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002, pp. 15 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “El actuar en lugar de otro en el nuevo Código Penal Español”, en Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, pp. 175 y ss.

⁵⁹² GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Administradores... cit., pp. 144 y 145. En igual sentido NIETO MARTÍN, A., *El delito... cit.*, p. 269, al decir que la previsión del artículo 31 del Código Penal, “se refiere a los administradores de hecho de una persona jurídica, en aquellos delitos especiales en los que la característica especial de autoría recae sobre la sociedad”. O MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 348, al señalar en relación con la mención que se hace en los delitos societarios y en el artículo 31 a los administradores de hecho y de derecho, que se tratan de ámbitos delictivos diferentes y, en este sentido, el artículo 31 pretende resolver el problema de la tipicidad que aparece en los delitos especiales propios, cuando quien reúne las especiales características de autoría es una persona física o jurídica, actuando en lugar de la misma un representante persona física que no tiene tales especiales condiciones, mientras que en el caso de los delitos societarios los administradores de hecho o de derecho son directamente señalados como los sujetos idóneos, no siendo en consecuencia preciso acudir al artículo 31 del Código Penal para investir a la persona física de las cualidades que reúne la persona jurídica.

Expresado más ampliamente, en aquellos supuestos en los que la persona jurídica no es sujeto de responsabilidad penal, esto es, no se le puede atribuir la comisión del hecho delictivo, el mismo debe ser achacable a las personas físicas que toman las decisiones en el seno de la entidad, lo que se concreta en la figura de los administradores. En el caso de los delitos especiales propios, se exige que el autor del hecho reúna una serie de especiales condiciones, sirviendo el artículo 31 del Código Penal para dar respuesta a los casos en los que las mismas las ostenta la persona jurídica, pero no así la persona física que actúa en su nombre o representación. Los elementos que han de concurrir para

conclusión a la que llegan ESCUDERO MORATALLA, FRIGOLA VALLINA, GANZENMÜLLER ROIG, GARCÍA LLAMAS, JUAN I CASADEVALL, JUFRESA PATAU y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, cuando afirman, precisamente tras exponer la anterior opinión de GÓMEZ BENÍTEZ, que *“pese a la identidad del concepto «administrador de hecho o de derecho» que utiliza el CP en el art. 31 y en algunos de los preceptos que tipifican los delitos societarios, no existe relación alguna en su ámbito de aplicación ni, por lo tanto, tampoco una relación de generalidad-especialidad, que pudiera inferirse en una lectura superficial de los preceptos citados”*⁵⁹³. En palabras ahora de DEL ROSAL BLASCO, *“por tanto, no se puede perder de perspectiva que los problemas de autoría que pretende solucionar el art. 31 son muy diferentes de los que se deben de solucionar en los arts. 290 y siguientes del CP 1995, sin que sea trasladable aquél a éstos”*⁵⁹⁴, no obstante lo cual, en mi opinión, como desarrollaré más adelante, no impide que pueda analizarse si resultan o no trasladables al artículo 290 del Código Penal, los criterios de imputación del citado artículo 31.

En resumen, puede afirmarse, de una parte, que el concepto de administrador de hecho y de derecho, presenta, en principio, identidad en el caso

la aplicación del artículo 31 son: debemos estar en presencia de un delito especial propio, en tanto que de tratarse de un delito común o de un delito especial impropio, el sujeto no cualificado podría ser directamente considerado autor del delito; la persona que actúe debe tratarse del administrador de hecho o de derecho; el sujeto no cualificado debe llevar a cabo la acción típica, es decir, debe haber actuado como autor, aunque no reúna las características que se exigen al mismo, en atención a que nos hallamos en presencia de un delito especial propio; y, finalmente, las características especialmente previstas en el tipo deben concurrir en la persona jurídica, en cuya representación se actúa (así ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones penales referidas a los administradores sociales”, en Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, *Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital. Recopilatorio de las ponencias dictadas con ocasión de las Jornadas de la AJFV. Oviedo, 16 y 17 de noviembre de 2006*, Madrid, 2007, pp. 95 y ss.).

⁵⁹³ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 195.

⁵⁹⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 57.

de los delitos societarios entre sí, con independencia de las cualidades específicas que el autor requiera en cada caso, según el tipo de que se trate, y de otra parte, que la mención al concepto de administrador de hecho y de derecho en el artículo 31 del Código Penal y en los delitos societarios, no se refieren al mismo ámbito de aplicación, de tal suerte que, como afirma NIETO MARTÍN, “*de no haberse previsto la figura del administrador de hecho en aquellos tipos que tienen como sujeto activo al administrador, como ocurre en los delitos societarios, hubiese existido una laguna de punibilidad*”⁵⁹⁵.

Como segunda cuestión a destacar con carácter preliminar, en el caso concreto de la figura del administrador de hecho, la generalidad de los autores opinan que su introducción como sujeto activo, tiene como finalidad evitar posibles lagunas de impunidad en favor de quienes, sin nombramiento válido o legal, o en ausencia de las debidas formalidades, sin embargo actúan como verdaderos administradores de las entidades mercantiles, habiéndose extendido por ello al administrador de hecho la responsabilidad penal, equiparándola a la del administrador de derecho⁵⁹⁶. En este sentido, como pone de manifiesto NÚÑEZ CASTAÑO, la equiparación que el Código Penal hace de los administradores de hecho y de derecho, constituía una de las principales peticiones de la doctrina penal, estando fundada en razones de política criminal, en el sentido de evitar favorecer a quienes prevaliéndose de no ostentar la administración legal de la entidad por una razón u otra, realizaban sin embargo los hechos fraudulentos⁵⁹⁷; equiparación que, sin embargo, y como anuncié en

⁵⁹⁵ NIETO MARTÍN, A., *El delito... cit.*, p. 269.

⁵⁹⁶ Por citar algunos autores, FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (1996) cit.*, p. 137; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 45 y 46; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 270.

⁵⁹⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 355 a 357. La misma autora, *Responsabilidad... cit.*, p. 73, de la igual forma, afirma también con la mención expresa que se hace en el caso del artículo 31 del Código Penal a los administradores de hecho, se han tratado de evitar *lagunas de punibilidad en aquellos casos en los que, por diversas causas, faltara la cualidad de administrador de derecho, pese a que ejercieran funciones como tales*. Vid. también, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 58.

líneas anteriores, no siempre es fácil mantener, pues normalmente nos hallamos ante supuestos en los que se está en presencia del cumplimiento de un deber que exclusivamente competería a quienes ostenten una posición legal en la sociedad y, por tanto, no una posición fáctica⁵⁹⁸. Precisamente, como diré más adelante, esta es la principal dificultad que presenta la equiparación de los administradores de hecho a los de derecho y uno de los puntos críticos en torno a los que gira el mencionado debate doctrinal.

En tercer lugar, ya en relación con el artículo 290 del Código Penal en particular, nos hallamos en presencia de un delito especial, de tal forma que no podrá ser autor del mismo cualquier persona que falsee las cuentas anuales u otros documentos que hayan de reflejar la situación económica o legal de la entidad, sino que sólo los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación, podrán reunir la condición del autor del delito⁵⁹⁹. En

⁵⁹⁸ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 63; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 80 y 81; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 355 a 357; la misma, *Responsabilidad... cit.*, p. 75; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 271; o TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, *Delitos societarios... cit.*, p. 60.

Sobre la dificultad apuntada, por todos PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 271, al afirmar cómo parece que sólo podrían cometer el ilícito las personas que tuvieran la cualificación apropiada conforme al ordenamiento mercantil, siendo estas personas las que son titulares del deber que se infringe o del poder del que se abusa.

⁵⁹⁹ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 249 y 250; GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 508; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 498; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 353. Como dice GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad... cit.*, p. 73, se trata de un delito especial “que limita expresamente el círculo de destinatarios de la norma”.

Vid. las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9453) y de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340), y asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014\278567), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262), la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona, de 14 de marzo de 2014 (ARP 2014\443), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR

relación con este carácter, la mayor parte de la doctrina no duda en que nos encontramos ante un delito especial propio⁶⁰⁰, como ya he tenido oportunidad de anticipar en relación con los delitos societarios, de tal forma que sólo podrá ser autor del delito quien, además, tiene capacidad o posibilidad real de elaborar el documento que se falsea o quien reúne las cualidades que el tipo requiere, según las distintas opiniones doctrinales a las que me referiré a continuación, las cuales varían en atención a si nos hallamos en presencia de un delito de dominio del hecho o un delito de infracción de deber; sin embargo, algunos autores opinan,

2011\170181), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de noviembre de 2009 (ARP 2010\353), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de febrero de 2008 (JUR 2008\165784) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de noviembre de 2004 (ARP 2004\685).

De entre las anteriores Sentencias citadas, la mayoría, como la de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262), las de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), la del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9453), la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456), la de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181), la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de noviembre de 2009 (ARP 2010\353), o la de la Audiencia Provincial de León, de 19 de noviembre de 2004 (ARP 2004\685), señalan además que el artículo 290 se trata de un delito de propia mano, lo que en mi opinión no es correcto, dado que la falsedad de las cuentas podría ser realizada por persona distinta del administrador, como por ejemplo el gestor o el contable de la entidad, lo que es contrario al contacto corporal y personal que se exige en este tipo de delitos al autor, en cuanto a la realización del comportamiento típico. Vid. MIR PUIG, S., *Derecho... cit.*, p. 238.

⁶⁰⁰ ANARTE BORRALLLO, E. y BOIX REIG, J., “Lección XXIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (20). Delitos societarios”, en Boix Reig (dir.), *Derecho penal. Parte Especial. Volumen II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Madrid, 2012, p. 632; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 55; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “Aproximación al delito de administración fraudulenta (Art. 295 CP)”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002, p. 114; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 52 y 53; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M., *Tomo VII. Esquemas de Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, p. 208; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos...cit.”, p. 830; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos... cit.”, p. 210; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit.”, p. 403; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 272 y ss.; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., “Algunas... cit.”, p. 686, mencionado por GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 53; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 329; etc.

Vid. la Sentencia antes señalada del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona, de 14 de marzo de 2014 (ARP 2014\443).

por el contrario, que se trata de un delito especial impropio⁶⁰¹, opción desde luego minoritaria, por cuanto podría castigarse por otros delitos comunes – falsedad documental o, en su caso, estafa- a quien realiza los hechos pero no reúne tales condiciones especiales a pesar de ostentar el dominio material del hecho.

En relación con la cuestión, y al margen en este momento de cualquier consideración en cuanto a la extensión o alcance que tiene el concepto de administrador de hecho o en cuanto a cuáles son las cualidades que debe reunir el autor, piezas claves para la solución de esta controversia, e incluso evitando en este momento el debate acerca de la posibilidad de que nos hallemos ante un delito de infracción de deber, lo cierto es que si nos encontramos ante un delito que supone, con carácter general, una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica, no sería posible imputar al sujeto que llevara a cabo la acción falsaria un delito de falsedad ex artículo 392.1 del Código Penal, por lo que si los hechos fueran producidos por un sujeto que no reuniera las cualidades exigidas para poder ser autor del delito, a pesar de contar con el dominio material del hecho, tampoco estaría incurriendo en el común de falsedad antes señalado, dado que no resultaría típica la falsedad documental faltando a la verdad en la narración de los hechos cometida por particular. Por tal motivo, de primeras, debe rechazarse que la falsedad en las cuentas anuales –o en otros documentos-, cometida por quien no reúne el perfil de autor idóneo “ex” artículo 290 del Código Penal, pueda constituir una falsedad documental del artículo 392.1, llevada a cabo en la modalidad de falsedad ideológica, por ser atípica en el caso de los particulares, quedando por tanto únicamente como posibles formas de perpetración del hecho falsario, las modalidades descritas en el artículo 390.1.1º, 2º y 3º. Excepción a la

⁶⁰¹ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 61. Para estos autores, “*el artículo 290 encuentra en las falsedades comunes el tronco común de correspondencia fáctica conforme a lo que podría castigarse al sujeto en quien no concurren las condiciones especiales de autoría*”.

impunidad de la falsedad ideológica, justificada, ya en la importancia que presentan las sociedades en el tráfico jurídico y la economía de mercado, teniendo en cuenta el esencial papel de las mismas como agentes económicos, ya en la importancia del bien jurídico protegido, que se ha hecho merecedor de protección penal frente a los ataques más graves, que sin embargo desvela que únicamente será meritoria de sanción cuando sea llevada a efecto por aquellos que reúnan la cualidad de administrador de hecho o de derecho y, por tanto, cuando el autor de la alteración sea la persona encargada de la confección de los documentos considerados objeto material del delito, de tal forma que aquellos terceros que no encajen en dicho concepto de administrador y no reúnan tal cualidad, nunca tendrían la oportunidad de cometer el delito societario, ni tampoco el delito común de falsedad documental del artículo 392.1, bajo la modalidad de faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Sin embargo, en cuanto a la comisión de este delito especial bajo el resto de formas contenidas en el artículo 390.1, distintas de la falsedad ideológica, si bien es cierto que, tal y como he señalado en líneas anteriores, técnicamente sería posible que la falsedad contable del artículo 290 pudiera cometerse a través de dichas modalidades falsarias, y que, por tanto, en caso de que el comportamiento fuera llevado a cabo por un particular que no reuniera la condición de administrador de hecho o de derecho, podría entenderse que habría cometido el delito común de falsedad documental del artículo 392.1, sin embargo, de una parte, parece difícil plantearse algún supuesto semejante, precisamente porque, como igualmente he expuesto con anterioridad, una cosa es que técnicamente no deba rechazarse la posibilidad de que la falsedad societaria pueda realizarse bajo todas las modalidades del artículo 390.1, pero otra que en la práctica ello se produzca, de tal forma que, en mi opinión, no puede afirmarse que nos hallemos en presencia de un delito especial impropio, en atención a supuestos más hipotéticos que reales, teniendo en cuenta además que el deber de veracidad en relación con los documentos sociales no alcanza a personas distintas de los

administradores⁶⁰², que son además las únicas personas responsables de su confección, de tal forma que nadie más debería tener acceso a las mismas, ni responder por las mismas, resultado o producto final que incumbe únicamente a los administradores, con independencia de si para el trabajo de elaboración de dicha documentación, contaron con la ayuda de terceras personas. A mayor abundamiento, la consideración de delito especial impropio iría en contra del carácter excepcional que se preconiza del presente delito societario, el cual únicamente se ha previsto para los administradores de las sociedades, de tal forma que si un particular que no reúna dicha condición lograra acceder a esa documentación y llevar a efecto su alteración, directamente podría decirse que tal comportamiento constituiría, en su caso, una falsedad documental del artículo 392.1 del Código Penal, sin que para tal calificación deba acudirse en ningún momento o con carácter previo al artículo 290 de la norma penal, alteración documental que podrá ser típica o atípica, según la modalidad falsaria empleada.

Por tanto, debe rechazarse que nos hallemos ante un delito especial impropio tanto en el caso de que la falsedad se haya cometido faltando a la verdad en la narración de los hechos, como en el supuesto, más hipotético que real, de que haya tenido lugar a través del resto de formas contenidas en el artículo 390.1. Asimismo, dado que no es posible que el autor del delito sea una persona que no ostente la condición de administrador, es por ello esencial delimitar correctamente el alcance de los conceptos de administrador de hecho y de derecho, teniendo en cuenta que no es viable que el delito lo cometa quien no presenta, según la distintas opiniones doctrinales, ya posibilidad o capacidad material necesaria para la elaboración de los documentos contables o jurídicos que hayan de reflejar la situación real de la empresa, en caso de entenderse que nos hallamos ante un delito de dominio material del hecho, ya las cualidades que el tipo requiere, si se entiende que estamos en presencia de un delito de

⁶⁰² A continuación me referiré a esta cuestión.

infracción de deber de veracidad en relación con los documentos sociales⁶⁰³. Lo contrario sería tanto como admitir que cualquier persona puede cometer el delito, con la desnaturalización que ello conllevaría tanto en relación con encuadramiento de la figura como delito societario, como con el tratamiento excepcional de la falsedad ideológica cometida por particular. Excepción a la impunidad de la falsedad ideológica justificada, insisto, ya en la importancia que presentan las sociedades en el tráfico jurídico y la economía de mercado, teniendo en cuenta el esencial papel de las mismas como agentes económicos, ya en la importancia del bien jurídico protegido, que se ha hecho merecedor de protección penal frente a los ataques más graves.

Resta añadir en relación con la naturaleza del delito como especial propio que, igualmente, descartada la naturaleza defraudatoria de la figura contenida en el artículo 290, debe rechazarse que alternativamente nos hallemos en presencia de un delito de estafa ex artículo 248 del Código Penal, o ante otras figuras clásicas de diferente naturaleza a la falsaria.

Finalmente, como ya señalé en su momento, se comparte por algunos autores, que constituyen una opinión minoritaria, que el tipo descrito en el artículo 290 del Código Penal consiste en la infracción de un deber de veracidad o de lealtad y fidelidad⁶⁰⁴, en la elaboración de las cuentas anuales y de los otros

⁶⁰³ Reitero que continuación me referiré a esta cuestión.

⁶⁰⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Barcelona, 2006, pp. 20 y ss.; CARREÑO AGUADO, J., *El tratamiento... cit.*, p. 453; GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 216; GONZÁLEZ GUERRA, C., “La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial”, en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, 2003, pp. 179 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit.”, p. 2.216; PÉREZ CEPEDA, A.I., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, 1997, p. 174; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, pp. 147 y ss., aunque en referencia al extinto delito de administración desleal. En igual sentido parece que puede interpretarse la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 62 y 63, cuando afirma que “el principal interés tutelado por el legislador radica

documentos de las sociedades, admitiéndose igualmente que otros sujetos distintos de los administradores, ostenten la titularidad de ese deber, quedando por tanto incluidos en el concepto penal de administrador de derecho o de hecho, según las distintas opiniones, como sería el caso, por ejemplo, de los liquidadores, los promotores, los fundadores o los auditores⁶⁰⁵. Contrariamente, la mayoría de la doctrina opina que el delito previsto en el artículo 290 del Código Penal, tiene su fundamento en el dominio del hecho por parte del autor, en cuyas manos queda la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma⁶⁰⁶.

En relación con esta cuestión, apuntada con anterioridad en varias ocasiones, resulta obligado hacer una breve referencia a cómo por la doctrina, se viene distinguiendo, en atención a la estructura de los tipos penales, los llamados delitos de dominio del hecho de los denominados delitos de infracción de

en la veracidad e integridad de la información societaria suministrada por los administradores, y es obvio que el mismo resulta lesionado con la simple exposición falsa o la ocultación de hechos relevantes”.

Debe diferenciarse en este punto, la consideración de que nos hallemos en el caso del artículo 290 del Código Penal ante un delito de infracción de deber, del hecho incontestable de que pese sobre los administradores un deber de veracidad en relación con los documentos que confeccionan. Vid. a título de ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Los delitos... cit.*, p. 662, o MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 21.

⁶⁰⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit.”, p. 2.216.

⁶⁰⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Los delitos... cit.*, p. 637; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 93; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 84; GALLEGU SOLER, J.I., “El concepto... cit.”, pp. 163 y ss.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456), señala que “La condición de sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido. La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es «el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege» (STS de 13 de julio de 2010)”.

deber⁶⁰⁷. En la base de los delitos de dominio del hecho⁶⁰⁸, existe un deber

⁶⁰⁷ No pretendo en este momento hacer una extensa exposición acerca de los delitos de dominio y de infracción de deber, sino únicamente una sucinta mención de los mismos. Sobre los delitos de dominio e infracción de deber, vid., entre otros, ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de <infracción de deber>”, en *Revista Penal*, núm. 14, Valencia, 2004, pp. 3 a 23; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid, 2007; CARO JOHN, J.A., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1, Lima, 2003; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, en el mismo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 228 y ss.; GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*; el mismo, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otro particular”, en *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2006, www.indret.com, último acceso el día 10 de julio de 2015, Barcelona, 2006, pp. 4 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, tomo I, Zaragoza, 1985; el mismo, “La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales”, en Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid, 2010, pp. 85 y ss.; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Madrid, 1995; el mismo, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996; ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 10 Aufl., Berlín, 1979; el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlín-New York, 1999 (en castellano, *Autoría y dominio del hecho*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Madrid, 2000); el mismo, *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, trad. y notas Luzón Peña (dir.) / Paredes Castañón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Navarra, 2014, pp. 59 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, 2002; SCHUMANN, H., “Responsabilidad individual en la gestión de las empresas”, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996; SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdeldikte*, Göttingen, 1971; *Leipziger Kommentar*, 11 Aufl., Berlín, 1993.

La teoría relativa a los delitos de dominio del hecho tuvo como precursor a WELZEL (“Studien zum System des Strafrechtes”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 58, 1939, pp. 491 a 566; vid. también del mismo, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, p. 100), que introdujo como elemento esencial en la determinación de la autoría el “dominio del hecho” por parte del sujeto actuante, en el sentido de depender de la voluntad de éste la decisión de su realización y su ejecución en sentido material, de tal forma que domina el hecho quien como resultado de su voluntad final lo realiza. Por su parte, en relación con el estudio de esta teoría, MAURACH, R. (*Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971, p. 627), dio un paso más, al afirmar que “dominio del hecho” es tener dolosamente el control del curso típico del suceso, estando en dicha situación todo aquel que, con conocimiento de ello, se encuentre en una situación de hecho en la que, de acuerdo con su voluntad, pueda permitir o trancar que se lleve a cabo el tipo penal. De esta forma, convergen en la teoría del dominio del hecho un elemento objetivo, consistente en la contribución al hecho, y un elemento subjetivo, identificable con la voluntad del que actúa, pudiendo afirmarse con carácter general que autor será quien tiene el dominio final del hecho que conlleva la realización del tipo, mientras que el partícipe será quien colabora en el hecho sin tener el dominio final del mismo (vid. en este sentido DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 90).

La categoría de los delitos de infracción de deber tienen su origen en ROXIN, C. (vid. *Autoría... cit.*, pp. 385 y ss.), siendo aquéllos delitos en los que el autor sólo puede ser quien conculca un deber especial de carácter extrapenal que deviene previo al tipo, siendo indiferente a los efectos de la determinación de la autoría si el actuante ostenta o no el dominio del hecho, y de la misma forma, como expresa SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (*Delito... cit.*, p. 29), “la categoría

general que se deriva de un mandato legal de actuar o de una prohibición de hacer, delitos de dominio que pueden ser tanto comunes como especiales y que, en consecuencia, y respectivamente, pueden caracterizarse porque ese deber general se dirija al conjunto de los ciudadanos, o porque se dirija a unos sujetos en particular, en concreto, a aquellos que de acuerdo con la descripción típica ocupan una posición cercana al bien jurídico protegido. El criterio de imputación en los delitos de dominio del hecho o de organización es precisamente la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado para el interés de inmediata protección, siendo el responsable penal quien materialmente ostenta el poder decisorio, esto es, de quien depende de su voluntad la realización del tipo, de tal forma que autor del delito será el que realiza por sí mismo el hecho típico lesionando un deber general⁶⁰⁹. Por el contrario, los delitos de infracción de deber

dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior..., sino que se centra en el deber especial de la persona del autor". De este modo, el elemento esencial en los delitos de infracción de deber lo conforma un deber especial del autor, al margen de si se tiene el dominio del hecho o no, distinto por tanto de un deber general derivado de las normas, que resulte exigible al conjunto de los ciudadanos. JAKOBS, G. (vid. *Derecho...* cit., pp. 791 y 792, y 993 ss.) desarrolla esta categoría de delitos, ampliándola como posible en relación con todos los delitos, siempre que concorra una institución de la que se derive una obligación con carácter especial en relación con el sujeto que lleva a cabo el hecho. De nuevo en palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (*Delito...* cit., p. 44), de este modo, "*los tipos formulados como delitos comunes y no especiales se convierten siempre en delitos de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial; en otras palabras, un garante en virtud de una institución*". Al mismo tiempo, JAKOBS diferencia los estos delitos de infracción de deber de los delitos especiales, esto es, en correspondencia con lo expuesto, los delitos en los que la restricción de los posibles autores viene marcada por la existencia de una institución, de los delitos en los que hay una restricción de los posibles autores sin más (Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito...* cit., pp. 44 y ss.). Expone el autor de referencia cómo igualmente JAKOBS es más restrictivo que ROXIN en relación con la categoría de delitos de infracción de deber, por cuanto considera que no todos los delitos cometidos en comisión por omisión han de ser tenidos como delitos de infracción de deber, sino que únicamente lo serán aquellos en los que el autor ocupe la posición de garantía en virtud de una relación institucional.

Mientras que de acuerdo con la tesis de ROXIN, el deber que ha de observar el autor está directamente relacionado con la salvaguarda del bien jurídico protegido, para JAKOBS no se produce tal directa conexión, en tanto que el bien jurídico no estaría incorporado al tipo.

⁶⁰⁸ En adelante, BACIGALUPO SAGGESE, S., "*Algunas...*, cit., pp. 355 y 356.

⁶⁰⁹ En palabras de GÓMEZ GONZÁLEZ, O.T., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2001, p. 61, "*para la teoría del dominio del hecho, es autor el que domina el hecho delictivo y con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción*".

son aquellos en los que únicamente podrá ser autor quien lesione un deber especial preexistente y ajeno al Derecho penal, lo que fundamenta por sí sola la autoría, en tanto que la ausencia de tal lesión del deber especial, no permitirá señalar como autor del delito ni tan siquiera a quien ostente el dominio del hecho, que en todo caso podrá responder en concepto de partícipe⁶¹⁰. Se tratan por tanto de delitos que tienen lugar mediante la infracción de un deber por parte del que actúa, no siendo en consecuencia el dominio del hecho lo que le convierte a dicho sujeto en autor del delito, de tal forma que, como pone de manifiesto SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “*el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no*”⁶¹¹.

En correspondencia con esta distinción, en el caso del artículo 290 del Código Penal, reitero que una parte mayoritaria de la doctrina opina que nos hallamos en presencia de un delito de dominio del hecho⁶¹², y otra parte de los autores, como también he señalado, que estamos ante un delito de infracción de deber⁶¹³; igualmente existen algunos autores que defienden, de manera aislada en

Como señalan BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones... cit.*, p. 21, en los delitos de dominio, en los que el comportamiento delictivo reúnen al autor con la víctima, el vínculo con la realización delictiva se produce, bien en virtud de una organización (organización delictiva orientada a la comisión), bien por el establecimiento de condiciones que conforman un aporte más o menos importante al hecho delictivo, teniendo el interviniente autor el dominio del hecho y careciendo del mismo el interviniente partícipe.

⁶¹⁰ Ibídem, p. 21. En los delitos de infracción de deber, el vínculo con la realización delictiva tiene lugar por estar el sujeto unido a un concreto interés de protección inmediata, “*mediante una relación positiva que obliga a su cuidado y fomento, esto es, mediante un deber especial*”. Se tratan de supuestos en los que autor y bien jurídico ya estaban vinculados a través de una relación institucional positiva, con carácter previo al hecho delictivo. Se tratan de delitos basados “*en un comportamiento solidario o de ayuda, legal,... porque aunque el presunto autor no haya organizado nada, existe un deber positivo que vincula siempre y que obliga a ayudar y fomentar el bien jurídico*”.

⁶¹¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito... cit.*, p. 168.

⁶¹² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 281; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 84; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 540.

⁶¹³ BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones... cit.*, pp. 20 a 22; CARREÑO AGUADO, J., *El tratamiento... cit.*, p. 453; GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, pp. 216 y ss.; GONZÁLEZ GUERRA, C., “La protección... cit.”, pp. 179 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit.”, p. 2.216; PÉREZ CEPEDA, A.I., *La*

la doctrina, que estamos ante un delito de infracción de deber en el caso de los administradores de derecho, y de un delito de dominio en el de los administradores de hecho⁶¹⁴ o, en todo caso, si se quiere, ante un delito de naturaleza mixta⁶¹⁵. De este modo, para autores como FARALDO CABANA⁶¹⁶,

responsabilidad...cit., p. 174. Como ya he señalado anteriormente, también parece la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 62-63, y de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, pp. 147 y ss.

También señalan que nos hallamos en presencia de un delito de infracción de deber la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268), entre otras.

⁶¹⁴ Esa es la opinión, por ejemplo, de FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “Aproximación... cit.”, pp. 118 y 119, que si bien en referencia al extinto delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal, antes de la entrada en vigor de su reforma de 2015, es plenamente trasladable al supuesto del artículo 290, al señalar cómo “*En el caso de los administradores de hecho, tal y como se ha delimitado el concepto, esta relación jurídica no existe [se refiere a la relación jurídica que vincula a la sociedad y al administrador], precisamente porque su posición se basa, no en un nombramiento formal, sino en un poder de actuación material que lo equipara a un administrador de derecho, otorgándole la misma capacidad de actuación –o en algunos casos incluso mayor– en el ámbito de gestión y administración de la sociedad. Si la posición privilegiada del administrador de hecho no se basa en un nombramiento formal, tampoco le será exigible –por no contemplarlo el ordenamiento jurídico-mercantil– ese especial deber de lealtad y fidelidad en cuanto que administrador de un patrimonio ajeno. De esta manera, la infracción de ese específico deber no podría ser el especial desvalor de acción del tipo cometido por un administrador de hecho. Así las cosas, sería posible encontrarnos ante un delito consistente en la infracción de un deber cuando es cometido por un administrador de derecho y, un delito de dominio del hecho en la medida en que el sujeto activo del delito es un administrador de hecho, pues este último se equipara al administrador de derecho por su capacidad efectiva de acción y no por un específico deber impuesto extrapenalmente. Que la norma penal recoja ambas figuras como posibles sujetos activos de delito y, por tanto, puedan ser equiparables en ese aspecto, no significa que forzosamente deban ser idénticas, pudiendo variar esa diferencia la calificación del delito y adaptarse así a las características propias del sujeto activo*”.

⁶¹⁵ Así MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 375, al señalar que “*En todo caso, si se parte de la base de interpretar que el art. 290 exige la infracción de un deber extrapenal específico, lo que sí cabría afirmar es que el art. 290 se configura como un delito de naturaleza mixta, de dominio y de infracción de un deber, al igual que sucede v. gr. en los delitos de los arts. 279-1º, 289, 305 y 316...*”.

⁶¹⁶ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 84. Vid. también GALLEGU SOLER, J.I., “El concepto... cit.”, p. 166.

FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 84, considera que sólo en el caso del artículo 294 del Código Penal estamos en presencia de un delito de infracción de deber, pudiendo afirmarse, por tanto, que los delitos societarios son, con carácter general, delitos de dominio del hecho, siendo el criterio de imputación el poder de disposición del sujeto sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se protege de forma inmediata, quedando obligado por la norma penal a actuar de una concreta manera o a abstenerse de hacerlo para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

el delito de falsedad en los documentos sociales es un delito de dominio del hecho, en tanto que se trata de un delito que sólo puede ser cometido por el administrador de derecho y por el administrador de hecho que se encuentre en condiciones de confeccionar las cuentas anuales o el resto de los documentos jurídico-económicos, de forma idónea para causar un perjuicio económico en la propia sociedad, sus socios o terceras personas, de tal forma que el dominio del hecho es el criterio de imputación penal, residiendo el fundamento de la consiguiente responsabilidad en la posibilidad que ostenta el administrador de lesionar o poner en peligro el bien jurídico, administrador que tiene el deber general de abstenerse de actuar de ese modo y de cuya voluntad depende que se realice el hecho típico. Contrariamente, para otros autores, como GARCÍA CAVERO, nos hallamos ante un delito de infracción de deber, en tanto que el

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, pp. 90 a 93, opinan, en materia de autoría en los delitos societarios, que la misma resulta explicable desde la teoría del dominio del hecho, lo que no impide conocer que en el caso de las figuras previstas en los artículos 290, 293 y 294 (y en el recientemente suprimido artículo 295), existe un deber previo y específico extrapenal de protección para el bien jurídico, que les es exigible a los administradores de hecho y de derecho, y a los socios en el caso del artículo señalado artículo 295, por el ejercicio de la labor de administración. En este sentido, afirman, con carácter general, que en las citadas figuras, el administrador de hecho o de derecho, así como el socio en el supuesto indicado, que desee que el objeto de tutela inmediata resulte afectado, imperiosamente ha de infringir su propio deber, lo que no tiene que tener lugar necesariamente mediante la violación de la obligación de carácter negativo que sobre el mismo recae, sino que será suficiente con transgredir aquella otra de carácter positivo de actuar al objeto de evitar la puesta en peligro o daño del bien jurídico, de tal forma que si el sujeto actuara conforme a su deber, el delito no podría ser cometido. No obstante lo anterior, el rechazo mayoritario por parte de la doctrina española a la figura de los delitos de infracción de deber, en atención a que tal configuración no resultaría conforme a las exigencias del principio de legalidad, pues se haría precisa la equiparación de las conductas de autoría y participación, lo que no tiene lugar en los delitos societarios y, asimismo, el hecho de que el artículo 11 del Código Penal, en materia de comisión por omisión, exija para la omisión una equivalencia con la conducta comisiva, lo que no parece posible en el caso de los delitos de deber, en donde la acción y la omisión se confunden en la infracción misma, hace que estos autores rechacen que en el caso de los artículos 290, 293 y 294 (y 295), nos hallemos en presencia de delitos catalogables de infracción de deber, concluyendo que *“la cuestión del deber en los delitos societarios... se ha utilizado no como fundamento de la autoría, sino solamente para acotar el círculo de personas que puedan dominar el hecho con base precisamente al deber que sobre ellos pesa de evitar el mismo, lo que no significa que a la hora de determinar en cada caso la responsabilidad de tales sujetos se renuncie al referido criterio del dominio que se ha tenido de ese hecho concreto. Por ello, a nuestro juicio, el criterio por el que se rige el criterio de la autoría en todos los delitos societarios es el del dominio del hecho. De esta manera el deber jurídico previo que pesa sobre el administrador opera en todo caso como un mínimo, en el sentido de que la infracción del mismo en su faceta positiva no implica, sin más, la responsabilidad a título de autor, aunque ésta no puede existir si aquel deber no se violó previamente”*.

delito se fundamenta en un deber específico extrapenal, el deber de veracidad en la confección de las cuentas anuales y del resto de documentos jurídico-contables de la entidad, no configurándose por tanto como un delito de dominio basado en la libre organización de la propia esfera⁶¹⁷. De este modo, concurre en los administradores, de acuerdo con la normativa mercantil, ese deber que necesariamente ha de ser observado en su labor de administración y cuya ignorancia supone la razón de la imputación de la consiguiente responsabilidad penal.

Los autores partidarios del fundamento del artículo 290 del Código Penal en la teoría del dominio del hecho, consistente en el dominio social típico, advierten como principal problema de considerar la falsedad contable como un delito de infracción de deber, que si bien el deber previo extrapenal sería predicable con respecto a los administradores de derecho, por el contrario no lo sería en relación con los administradores de hecho, toda vez que sólo podrán ser autores del delito, aquéllos que aparezcan como titulares de ese deber, lo que “a priori”, como digo, sólo sería posible en el caso de los administradores de derecho. Como ya indiqué en líneas anteriores, parece que nos hallamos ante supuestos en los que se está en presencia del cumplimiento de un deber que exclusivamente competiría a quienes ostenten una posición legal en la sociedad y, por tanto, no una posición fáctica⁶¹⁸, siendo esta es la principal dificultad que

⁶¹⁷ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 216. En opinión del autor de referencia, ibídem., pp. 216 y ss., existe un deber específico impuesto por el artículo 290 del Código Penal, consistente en reflejar en las cuentas anuales y el resto de documentos, la verdadera situación económica y jurídica de la entidad. Se trata de un deber específico que se configura con normas extrapenales conectadas con la idea de “imagen fiel” de los informes de la sociales, incorporando la Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 172.2, la exigencia de veracidad respecto de las cuentas anuales a presentar ante los socios y los organismos públicos correspondientes. De este modo, continúa el autor, nos hallamos en presencia de un delito que se configura como una defraudación de expectativas configuradas normativamente, infracción de deber que fundamenta el injusto contenido en el primero de los delitos societarios.

⁶¹⁸ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit.”, p. 63; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 80 y

presenta la equiparación de los administradores de hecho a los de derecho. Incluso por los propios autores partidarios de la consideración del delito en cuestión como de infracción de deber, se admiten las dificultades en torno al hecho de que parece que sólo los administradores de derecho podrían resultar penalmente responsables⁶¹⁹.

A pesar de estas dificultades en orden a hacer extensivo el delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, entendido como de infracción de deber, a los administradores de hecho, sin embargo, tal y como he anticipado o sugerido a lo largo del presente trabajo de investigación en varias ocasiones, y sin perjuicio de referirme a ello de nuevo más adelante, en mi opinión esta figura sí debe ser comprendida como un delito de infracción de deber, el cual tiene un origen extrapenal, concretamente mercantil, y que consiste, efectivamente, en la obligación por parte de los administradores de las empresas, de reflejar en las cuentas anuales y en el resto de la documentación contable y jurídica de la sociedad, la verdadera y real situación jurídico-económica por la que atraviesa la entidad administrada, de tal forma que dichos documentos reflejen de manera fiel el estado de la misma⁶²⁰, pudiendo afirmarse que la conducta descrita en el artículo 290 del Código Penal, está dirigida, precisamente, “a alterar o

81; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 355 a 357; la misma, *Responsabilidad... cit.*, p. 75; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 271; o TERRADILLOS BASOCO, J.Mª., *Delitos societarios... cit.*, p. 60.

⁶¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 45; GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 220. En relación con éste último autor, ibídem., p. 45, como tendré ocasión de exponer más adelante, distingue si la falsedad se produce a nivel interno en la sociedad, o por el contrario tiene lugar a nivel externo, esto es, de cara a la presentación de los documentos en el Registro Mercantil para conocimiento “erga omnes”, llegando a la conclusión de que la alteración de los documentos jurídico-económicos de la sociedad a nivel interno, podrán ser producida tanto por el administrador de derecho como por el de hecho, mientras que la alteración de los mentados documentos de cara a su publicación en el Registro Mercantil, sólo podrá ser efectuada por el administrador de derecho, en tanto que es el único capaz de llevar a cabo tal presentación (*La responsabilidad... cit.*, pp. 220 y 221).

⁶²⁰ Dicho deber de veracidad o lealtad está contenido esencialmente en los artículos 225, 227 y 254 de la Ley de Sociedades de Capital, y en el artículo 34 del Código de Comercio.

distorsionar de manera decisiva, no accidental, la imagen fiel de la empresa”⁶²¹.

Por tanto, el autor del delito tiene un deber especial de actuar, consistente en que las cuentas anuales y el resto de documentos jurídico-económicos que ha de confeccionar, reflejen la imagen real y fiel de la entidad, deber que incumbe al administrador y le convierte por sí en autor del delito, con independencia de que tenga o no el dominio del hecho, siendo por tanto la infracción de dicho deber el criterio vertebrador de la imputación⁶²², en el sentido expuesto por ROXIN⁶²³. Además, si los delitos societarios contemplan hechos previstos por normas extrapenales, esencialmente mercantiles, no habría razón para negar que a los administradores les incumben, en el ámbito penal, los mismos deberes que tienen en el mercantil, algo que no está reñido con la circunstancia de que el Derecho penal se ocupe exclusivamente de tutelar los ataques más graves frente a los bienes jurídicos más importantes que, precisamente por ello, se han hecho merecedores de dicha protección. En este sentido, si por la doctrina se viene admitiendo que, al menos en el caso del administrador de derecho, nos hallamos

⁶²¹ Así SÁCHEZ ÁLVAREZ, “Los delitos... cit., p. 108.

⁶²² La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de junio de 2009 (ARP 2009\1085), apoya esta tesis, al señalar que “*Se tipifica así en el descrito precepto la elaboración de los documentos sociales falsos, es decir, la falsedad contable, encontrándose el fundamento de la criminalización de tal conducta en la protección del deber de veracidad que tiene los administradores como expresión de su deber de diligencia en la gestión social*”.

Señalan asimismo la infracción del deber de veracidad de los administradores en la elaboración de las cuentas y el resto de documentos como elemento fundamental en el artículo 290, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\4339), de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989), y de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\9034), la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268), la Sentencia de Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona, de 14 de marzo de 2014 (ARP 2014\443) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181).

⁶²³ Vid. cita núm. 607.

De acuerdo con el planteamiento de ROXIN comentado en anteriores líneas, el autor sólo puede ser quien conculca un deber especial de carácter extrapenal que deviene previo al tipo, distinto de un deber general del conjunto de los ciudadanos. Y desde la concepción más restrictiva de JAKOBS, también comentada, acerca de los delitos de infracción de deber, el hecho de la administración de la entidad, constituiría la institución existente de trasfondo a través de la cual se limitarían los posibles autores del delito de falsedad en las cuentas anuales u otros documentos jurídico-económicos de la entidad que deban reflejar la imagen fiel de la misma.

en presencia de una remisión a la normativa mercantil, carecería de sentido negar que en el contexto penal no le fuera predicable a ese administrador el citado deber de veracidad descrito en la legislación mercantil, cuando precisamente a través de esta figura delictiva lo que se está pretendiendo es otorgar una protección que se ha manifestado como insuficiente en esa otra rama del Ordenamiento jurídico. Y si el bien jurídico protegido es, como he mantenido, la función del documento, teniendo éste como misión dar a conocer el estado real de la entidad, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, parece incontestable o, al menos, coherente, que el encargado de la confección de dicho documento tenga impuesto el deber de veracidad o lealtad, pues de otro modo, cómo podría ser que a quien el Ordenamiento jurídico encarga la confección de un documento que refleje de manera fiel la imagen de la entidad de que se trate, sin embargo no le imponga un deber de veracidad al respecto.

En cuanto al problema apuntado, esto es, al hecho de que por los autores que niegan que nos hallemos ante un delito de infracción de deber, se haya venido argumentando que ese deber de veracidad, o incluso de lealtad y fidelidad, no sería predicable de quienes no ostentan la condición legal y formal de administradores o, en su caso, de quienes no pueden quedar incluidos dentro del concepto penal de administrador de derecho, es decir, que el deber de veracidad no incumbe al administrador de hecho, no puedo compartir esta opinión en el momento actual⁶²⁴. De acuerdo con la redacción del vigente artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma de la citada

⁶²⁴ No obstante, ya existían opiniones jurisprudenciales que venían a reconocer la posibilidad de achacar a los administradores de hecho, los deberes de lealtad y transparencia exigibles a los administradores de derecho. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\9034), ya reproducida con anterioridad, al señalar que en el caso del artículo 290 del Código Penal, nos hallamos en presencia de un delito de infracción de deber “*predicable de aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan, por lo que son delitos con un sujeto activo especial, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho así sea, aunque carezca de nombramiento*”.

norma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 24 de diciembre de 2014⁶²⁵, considero que el problema de la aparente inexistencia de deberes específicos extrapenales y de carácter previo al ilícito penal, en relación con los administradores de hecho, ha desaparecido, pues el mencionado precepto señala que los presupuestos de responsabilidad contenidos en el propio precepto, serán extensivos a los administradores de hecho, aclarando a continuación en cuanto al concepto mercantil de administrador de hecho, que por tal habrá de entenderse no sólo las personas que desempeñen labores de administración con un título nulo o extinguido, o en virtud de título distinto, sino igualmente a las personas que en la realidad del tráfico desempeñen dichas labores o funciones propias del administrador sin título alguno, esto es, de “facto”. De este modo, como desarrollaré más adelante, con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, reguladora de las principales entidades mercantiles, se ha introducido un

⁶²⁵ Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad.

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuida facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”.

concepto amplio de administrador de hecho, que lo acerca decididamente al concepto penal de administrador material. Si este régimen de responsabilidad incluye a los administradores de hecho, donde expresamente quedan recogidas las personas que actúan sin ningún título habilitante, y dicho régimen de responsabilidad lo es frente a la propia entidad, los socios o terceras personas acreedoras sociales, como consecuencia de los daños originados por acciones u omisiones contrarios a la Ley o a los Estatutos, derivados del incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo contenidos en los artículos 225 y siguientes de la citada norma⁶²⁶, de los previstos en materia de cuentas anuales y contabilidad de los empresarios en el artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital⁶²⁷ y, con carácter general, en el artículo 34 Código de Comercio⁶²⁸, puede

⁶²⁶ El artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital contiene el deber general de diligencia; el artículo 226 la protección de la discrecionalidad empresarial; el artículo 227 el deber de lealtad; el artículo 228 contiene las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad; y el artículo 229 el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

⁶²⁷ Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 254. Contenido de las cuentas anuales.

- 1. Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria.*
- 2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio.*
- 3. La estructura y contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente”.*

⁶²⁸ Código de Comercio:

“Artículo 34.

- 1. Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad. El estado de flujos de efectivo no será obligatorio cuando así lo establezca una disposición legal.*
- 2. Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.*
- 3. Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado.*
- 4. En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición*

afirmarse que a los administradores de hecho les son de aplicación los deberes propios de los administradores de derecho, no existiendo por tanto impedimento alguno de cara a afirmar que también en relación con de este tipo de administradores, el artículo 290 se configura como un delito de infracción de deber.

Un problema adicional que se pone de manifiesto en relación con la catalogación del delitos de falsedad en las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídico-económica de la entidad, lo constituye el hecho de la exigencia de idoneidad de la falsedad para producir un perjuicio económico a la propia sociedad, sus socios o terceras personas que se relacionen con la misma. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *“la exigencia típica explícita del peligro para el patrimonio ajeno (llegando incluso al extremo de exigir la lesión efectiva en el tipo del párrafo 2º), unida a la previsión de una conducta falsaria, se opone a su caracterización como puro delito de infracción de deber”*⁶²⁹. En relación con este aspecto, GARCÍA CAVERO lo califica de *“problemático”*⁶³⁰, admitiendo las dificultades que, en principio, aparenta conllevar la calificación del delito como de infracción de deber, unido a la exigencia típica del requisito de la idoneidad de la alteración del documento para producir el señalado perjuicio, no obstante lo cual, opina que *“la exigencia de este requisito no necesariamente debe llevar a pensar que se trata de un delito de dominio (de riesgos), pues la infracción de un deber también necesita de una cierta cualidad que justifique la reacción jurídico-penal”*, lo que *“responde a la*

no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.

5. Las cuentas anuales deberán ser formuladas expresando los valores en euros.

6. Lo dispuesto en la presente sección también será aplicable a los casos en que cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas anuales”.

⁶²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 375.

⁶³⁰ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 218.

*idea de que el Derecho penal, al constituir el instrumento más fuerte y represivo, debe actuar sólo para casos con un especial desvalor que justifique la utilización en lugar de los sistemas extrapenales de control”*⁶³¹. Contrariamente, continúa el autor, se trata de un deber específico, de una vinculación de las esferas de organización administrador “versus” sociedad, socios o Registro Mercantil, materializándose el delito, no con el perjuicio económico, sino con la infracción de deber, añadiendo que si el mencionado perjuicio es apreciado como una agravante en el artículo 290, ello trae su causa más en una decisión político-criminal del legislador que por un condicionamiento dogmático⁶³². Frente a esta exposición, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶³³ considera que esta solución no es acorde a la catalogación que el anterior autor hace de la falsedad contable, como de puro delito de infracción de un deber extrapenal específico, en la forma propuesta por JAKOBS⁶³⁴, que sólo puede ser aceptada si se entiende estrictamente como aplicable a figuras delictivas basadas exclusivamente en la infracción del deber extrapenal, como sucede en el caso del artículo 294 del Código Penal⁶³⁵, *“pero no cuando el injusto aparece integrado por el ataque a bienes jurídicos penales firmemente delimitados, que ya se protegen en otros lugares del Código Penal y que son los que permiten legitimar en última instancia la intervención del Derecho Penal”*, lo que en el caso del artículo 290 lleva a concluir que *“si la acción falsaria del administrador no posee trascendencia efectiva para las relaciones jurídicas y no entraña una aptitud para afectar al patrimonio ajeno desaparece toda necesidad de tutela penal, por más que exista un deber extrapenal de veracidad del administrador”*.

⁶³¹ Ibídem., p. 218.

⁶³² Ibídem., pp. 218 y 219.

⁶³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 375.

⁶³⁴ Vid. nota al pie núm. 605.

⁶³⁵ Sobre la apreciación acerca de la cual únicamente el delito contenido en el artículo 294 del Código Penal se puede clasificar como delito de infracción de deber, de entre todos los delitos societarios, Vid. FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 84.

En mi opinión, como ya he señalado al abordar el estudio de los elementos del tipo, el artículo 290 introduce expresamente la necesidad de que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico, no siendo suficiente la intención de causarlo, sino que la falsedad debe ser objetivamente idónea para producir ese daño patrimonial⁶³⁶, de tal forma que se trata de un requisito añadido a la descripción de la acción típica que, como tal, obliga a interpretar el alcance de dicha idoneidad⁶³⁷, debiendo concluirse en este sentido que no sería suficiente identificar la “idoneidad” exclusivamente con la mayor probabilidad de que un hombre medio fuera inducido a actuar erróneamente por engaño, esto es, como efecto de la alteración del documento, sino que además es preciso que esa “idoneidad” venga referida a que tal engaño resulte adecuado para que, una vez producido, pueda originar un perjuicio patrimonial⁶³⁸. En este sentido, como también tuve oportunidad de señalar, resulta esencial tanto que no nos hallemos ante una mentira absurda, difícilmente capaz de producir un engaño jurídico-penalmente relevante, como que la mentira o el engaño tengan la capacidad de causar en la sociedad, los socios o los terceros, un perjuicio de carácter patrimonial, siendo esta la opinión mayoritaria en la doctrina⁶³⁹. Por tanto, la idoneidad para causar un perjuicio patrimonial es un elemento de la tipicidad que sirve para acotar o limitar los supuestos en los que debe operar una excepcionalidad a la atipicidad de la falsedad ideológica recogida en el artículo 392.1, esto es y, como he indicado, a la falsedad consistente en faltar a la verdad

⁶³⁶ PÉREZ VALERO, I., *El delito...* cit., p. 413; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Delitos...* cit., p. 600; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual...* cit., p. 330.

⁶³⁷ NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 442.

⁶³⁸ Sin que ello signifique que el resultado en el artículo 290 del Código Penal sea el perjuicio patrimonial, como ya he justificado en anteriores líneas.

⁶³⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo...”, cit., p. 2.218; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 34; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Delitos...* cit., p. 600; NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 443. SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos...” cit., p. 578.

en la narración de los hechos cometida por un particular sobre documentos mercantiles.

Esta excepcionalidad trae su causa en el desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo, sin que por tanto, dicha excepcionalidad se deba específicamente a una protección del patrimonio de forma directa. Y relacionado con esta relevancia e importancia de la figura objeto de estudio, si bien es cierto, como he mantenido, que no existe un derecho a la verdad, por el contrario, teniendo en cuenta la función probatoria de los documentos y el papel clave que tienen como instrumentos al servicio de las relaciones jurídicas y sociales, sí puede afirmarse la existencia de un deber de veracidad de los administradores con respecto a la información hecha constar en los documentos económicos y jurídicos de las entidades mercantiles que participan de manera permanente en el mercado, deber de veracidad que alcanza esa especial relevancia en virtud precisamente de la importancia que tiene la seguridad del tráfico jurídico y que se halla directamente relacionado con las funciones y las actuaciones propias de los administradores, y cuya elusión o ejecución de forma incorrecta, enlaza directamente con la falsedad ideológica en la que consisten generalmente los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal. Deber de los administradores de carácter previo y extrapenal, concretado en los artículos 225, 227 y 254 de la Ley de Sociedades de Capital y 34 del Código de Comercio, como también he señalado.

Además, en el supuesto del artículo 290, los documentos que constituyen el objeto material del delito tienen como función dar a conocer a los socios, acreedores y demás terceros, la situación económica y jurídica de la entidad, de tal manera que la falsedad que dañe esta labor de información será siempre punible, siempre que resulte idónea para perjudicar los patrimonios de los destinatarios de la citada información. De este modo, el bien jurídico consistente en la funcionalidad del documento, sirve también para delimitar el ámbito de

aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación junto con el elemento de la idoneidad para causar un perjuicio económico, lleva a afirmar que únicamente los documentos cuya función consiste en dar a conocer la situación económica y jurídica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito. Y en este sentido, de nuevo, no puede obviarse la importante función que desempeña el Registro Mercantil en relación con la trascendencia probatoria de los documentos que obligatoriamente han de ser inscritos en el mismo, debiendo tenerse en cuenta que, una vez producido el acceso registral de los documentos jurídico-económicos de la sociedad, se genera una legítima expectativa de veracidad esencial para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, no estoy de acuerdo con la opinión acerca de la cual, no es posible considerar el artículo 290 del Código Penal como un delito de infracción de deber; al contrario, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2012⁶⁴⁰, *“como opinión más autorizada, debemos decir que los delitos societarios y entre ellos, el que nos ocupa del art. 290 C penal, son delitos de infracción de deber predicable en relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tiene un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad a la que representan, por lo que son delitos con un sujeto activo especial, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho así sea, aunque carezca de nombramiento”*. Como acabo de señalar y como ya indiqué en su momento, en el mismo sentido que GARCÍA CAVERO⁶⁴¹, la idoneidad para producir el perjuicio económico se trata de un elemento de la tipicidad introducido con la única finalidad de limitar los supuestos en los que debe producirse la

⁶⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\9034).

⁶⁴¹ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 218.

intervención de la rama penal del Derecho, en tanto que aquellas falsedades capaces de producir un perjuicio económico, son las únicas que se han hecho merecedoras de tal tratamiento, dejando para otras ramas del Derecho la protección del resto de supuestos, en los que igualmente acontece la misma infracción de deber; dicho de otra manera, la infracción del deber de veracidad de los administradores en la confección de los documentos jurídico-económicos que hayan de reflejar la imagen fiel de la sociedad, sólo será relevante desde el punto de vista del Derecho penal, cuando sea susceptible de causar un perjuicio económico. Se trata de averiguar si esta limitación es compatible o no con afirmar que nos hallamos en presencia de un delito de infracción de deber, dado que, como pone de manifiesto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶⁴², parece deducirse lo contrario al negarse la existencia del delito cuando la falsedad no es idónea para generar un perjuicio económico, circunstancia que delataría consecuentemente, que el deber de veracidad del administrador en este caso, no sería lo exclusivamente relevante, en contra por tanto de la tesis de JAKOBS acerca de los delitos de infracción de deber o de organización⁶⁴³ en la que GARCÍA CAVERO⁶⁴⁴ basa su argumentario, tesis que precisamente sostiene que los delitos de infracción de deber serán aquellos que se basan exclusivamente en un deber previo extrapenal.

Frente a lo anterior hago la siguiente reflexión: si se mantiene que no es posible que nos hallemos en el supuesto del artículo 290 del Código Penal ante un delito de infracción de deber, en atención a la exigencia de la idoneidad de la falsedad para causar el perjuicio económico, lo que pondría de manifiesto que no siempre habría ilícito penal, a pesar de persistir la infracción del deber por parte del administrador (poniéndose en consecuencia en tela de juicio que el criterio

⁶⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 375.

⁶⁴³ Vid. cita núm. 607.

⁶⁴⁴ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 218.

vertebrador de la imputación sea precisamente la infracción del deber extrapenal), de la misma forma podría decirse que dado que el precepto penal, como desarrollaré más adelante, sólo admite la modalidad dolosa, y por el contrario el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital indica que la responsabilidad de los administradores tendrá lugar siempre que hubiera mediado dolo o culpa, aunque no existiera el requisito típico de la idoneidad para la causación del perjuicio, el delito tampoco podría ser entendido como de infracción de deber, por igual razonamiento. En este sentido, la generalidad de la doctrina, y así por los autores que defienden que el delito de falsedad contable se trata de un delito de dominio del hecho, se considera que el delito societario previsto en el artículo 294, consistente en llevar a cabo conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos o facultades, es un claro ejemplo de delito de infracción de deber en sentido puro; sin embargo, se viene afirmando que únicamente es posible la comisión de dicho delito de forma dolosa, excluyéndose por tanto la modalidad imprudente⁶⁴⁵, cuando por el contrario, el tantas veces mencionado artículo 236.1 de la Ley reguladora de las Sociedades de Capital, previene que es posible la realización de las conductas originarias de responsabilidad de los administradores tanto cuando hubiera mediado dolo como culpa. En coherencia con los reparos expuestos en cuanto al requisito de la idoneidad para causar el perjuicio, en orden a la clasificación del delito de falsedad contable como de infracción de deber, la misma suerte debería correr el artículo 294, en tanto que se delataría que lo esencial no sería la infracción de deber por parte del administrador cuando por la norma penal se exige que su acción u omisión haya sido dolosa.

Es evidente que el Derecho penal se encarga de tutelar los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes, dejando para el resto de

⁶⁴⁵ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 84; la misma, *Los delitos...* cit., p. 308; o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, pp. 433 y 435; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, p. 230.

ramas del derecho la protección de los intereses jurídicos menos importantes o frente a los ataques menos graves, principio básico y general relativo a la intervención punitiva por parte del Estado o “ius puniendi”, que no puede servir de argumento por sí solo para descartar la catalogación del ilícito penal como de infracción de deber. Y en este sentido, parece evidente que tanto la idoneidad para producir el perjuicio, como la apreciación de la existencia del delito en el caso de producirse exclusivamente mediando dolo, son elementos de la tipicidad que sirven para acotar la intervención de la rama penal del Derecho, sin que en mi opinión deba deducirse ante su concurrencia la imposibilidad de que el delito de que se trate pueda tener lugar sobre la base de la conculcación de un deber previo extrapenal por parte de concretos sujetos.

En cualquier caso, opino que desde el punto de vista de la tesis de ROXIN acerca de los delitos de infracción de deber⁶⁴⁶, de la que me he mostrado partidario, la anterior limitación relativa a la idoneidad de la falsedad para causar el perjuicio económico, no impide mantener que nos hallamos ante este tipo de delito, toda vez que el contenido criminal del mismo se ve influido de manera decisiva precisamente por la infracción del deber especial por parte del administrador autor⁶⁴⁷.

Dicho lo anterior y sin perjuicio de retomar, en su caso, la cuestión más adelante, en el apartado correspondiente a autoría y participación, resulta oportuno en este momento concretar por fin el significado y alcance del concepto de administrador de hecho, junto con el de derecho.

⁶⁴⁶ Vid. cita núm. 607.

⁶⁴⁷ Mientras que de acuerdo con la tesis de ROXIN, el deber que ha de observar el autor está directamente relacionado con la salvaguarda del bien jurídico protegido, para JAKOBS no se produce tal directa conexión, en tanto que el bien jurídico no estaría incorporado al tipo.

2.1. El administrador de derecho:

Desde un punto de vista mercantil, como indiqué en líneas anteriores, serán administradores de derecho las personas físicas o jurídicas que, ostentando o no la condición de socios, se ocupan, en forma individual o en forma colegiada, de la gestión de los intereses patrimoniales de las sociedades mercantiles, al tiempo que de su representación en sus relaciones internas y externas. En palabras de RÍOS CORBACHO, *“desde el punto de vista mercantil, podemos señalar una definición escueta de esta figura de tal manera que se consideran administradores de la sociedad quienes llevan a cabo la gestión y representación de la misma”*⁶⁴⁸. Como concluye GARCÍA DE ENTERRÍA, *“la noción de administrador tiene un significado preciso y depurado en el ordenamiento mercantil”*, siendo éste *“las personas pertenecientes al órgano de administración de la sociedad e inscritas como tales en el Registro Mercantil”*⁶⁴⁹.

.

Esta definición o concepto de administrador de derecho, coincide con la adoptada por la doctrina penalista, para la cual será administrador de derecho

⁶⁴⁸ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., pp. 23 y 24.

⁶⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 45 y ss. MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 254, en referencia al administrador de derecho, lo definen como *“la persona física dotada de las facultades que la ley atribuye a la figura del administrador –según la clase de sociedad-, nombrado por el órgano social competente, en virtud de acuerdo social formal y sustantivamente válido y debidamente documentado, que haya aceptado el nombramiento y se halle vigente, habiéndose practicado la inscripción del mismo en el Registro Público competente”*.

Más ampliamente puede consultarse, entre otros, a ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad... cit.*, pp. 83 y ss., que aborda el concepto de administrador de derecho, en los siguientes términos: *“administrador de derecho es la persona que, en un momento determinado, reúne los siguientes requisitos: 1.1. ha sido nombrada como administrador, sin que la efectividad de su nombramiento esté sujeta a condición ni a término, mediante acuerdo válidamente adoptado – con los quórum de asistencia y votación legal y estatutariamente requeridos- por el órgano social competente de una sociedad constituida regularmente. 1.2. No se encuentra en ningún caso de prohibición o incompatibilidad (legal o estatutaria). 1.3. Ha aceptado, en forma expresa o tácita, su cargo y éste se encuentra vigente en el momento al que nos referimos”*. El citado autor expone igualmente cuestiones referidas a su nombramiento, supuestos de prohibición, aceptación, inscripción y cese.

precisamente “*aquel que ejerza las funciones de administración en virtud de título jurídicamente válido, para lo que habrá de estarse a las concretas normas legales o estatutarias de la sociedad de que se trate*”⁶⁵⁰, pudiendo afirmarse por tanto que el concepto de administrador de derecho a efectos penales, en principio no presenta mayores dificultades. De este modo, como pone de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, “*para el concepto de «administrador de derecho» sí parece que procede efectuar una remisión en bloque a la legislación mercantil*”⁶⁵¹.

Nos hallamos por tanto en presencia de un elemento normativo, pues se alude a una realidad determinada por una norma jurídica, debiendo acudir a la definición de administrador de derecho que proporciona la rama mercantil del Ordenamiento⁶⁵². En relación con esta cuestión, y como expuse en el Capítulo Segundo, el órgano de administración de las entidades mercantiles podrá ser unipersonal o colegiado, según los casos, debiendo por tanto estarse a la normativa mercantil y a los estatutos de cada tipo de entidad. E igualmente, variará, según estemos ante una sociedad personalista o capitalista, o ante otro tipo de entidad mercantil, la persona que ostentará o podrá ostentar el cargo de administrador, debiendo estarse también a la concreta normativa que resulte de

⁶⁵⁰ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 63, en el mismo sentido que ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones... cit., p. 7, para quien se trata de “*la persona física que ostenta la administración de la entidad mercantil o está incluida en su órgano de administración, porque ostenta facultades de gestión y representación de la misma, en virtud de un nombramiento que reúne todos los requisitos y formalidades exigidas por la legislación mercantil*”.

⁶⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2013, p. 135. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 76; o FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “Aproximación...cit., p. 115.

⁶⁵² FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 76; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad... cit.*, p. 71.

Sobre las remisiones normativas, su diferencia con las leyes penales en blanco y su relación con el principio de legalidad, por todos vid. GÓMEZ PAVÓN, P., “Cuestiones... cit., pp. 425 a 470. Asimismo, sobre la interpretación de las normas penales y el principio de legalidad, vid. GÓMEZ PAVÓN, P. y BUSTOS RUBIO, M., “El principio..., cit., pp. 169 a 190.

aplicación según los casos. En este sentido, el administrador de derecho pertenecerá al órgano de administración de la entidad mercantil de que se trate, ostentando en consecuencia una legitimidad “ex lege” y estatutaria de cara a la confección de las cuentas anuales y otros documentos jurídicos y contables. Dicho órgano de administración podrá revestir la forma de administrador único, varios administradores que actúan de forma individual y que serán administradores solidarios entre sí, dos administradores que actúan conjuntamente, sujetos a responsabilidad mancomunada, un consejo de administración de, al menos, tres miembros, o un Consejo de Administración y una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados⁶⁵³.

Teniendo en cuenta la aceptación por parte de la doctrina penalista del concepto mercantil de administrador de derecho a efectos penales, a la que no encuentro motivo de objeción, sin embargo considero relevante atender a un concreto aspecto, por cuanto podría tener una importante incidencia tanto en el concepto de administrador de derecho, como consecuentemente en el de hecho. Tal y como señalan SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE⁶⁵⁴, en referencia a las sociedades anónimas, principales sociedades de capital, los administradores deben aceptar el nombramiento, surtiendo efectos desde ese preciso instante a pesar de ser obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil, dado que la misma no es constitutiva, de tal forma que en principio serían válidos los actos realizados por los administradores que aceptaron su nombramiento, aunque por el momento no fuera inscrito. Trasladado este aspecto al concepto de administrador de derecho, se plantea la circunstancia de si, en coherencia con lo indicado, ha de entenderse por administrador de derecho al que aceptó su cargo, o si por el contrario, junto con tal aceptación, deben haber tenido lugar todos los requisitos formales propios del nombramiento de los

⁶⁵³ Así lo expresa NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 359.

⁶⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...* cit., p. 515.

administradores que lo acompañan y regularizan jurídicamente, supuesto en el que se incluiría la obligada inscripción registral. Y es importante esta cuestión, en tanto que si se entiende comprendido dentro del concepto de administrador de derecho al administrador que simplemente aceptó su cargo, debería en consecuencia excluirse del concepto de administrador de hecho a los administradores a los que les faltara el requisito formal de la inscripción registral cuando la misma fuera necesaria. En este sentido, autores como DEL ROSAL BLASCO, aclaran, en referencia al ejemplo señalado de las sociedades de capital, que es “*administrador de derecho aquél que habiendo sido designado en la forma prevista estatutariamente por el órgano competente de la sociedad, ha aceptado dicho nombramiento*”, dado que es a partir de ese instante cuando surge sus efectos legales⁶⁵⁵, lo que sirve para interpretar que siempre habrá de estarse a la normativa mercantil de aplicación para comprobar cuándo se produce la adquisición de la condición de administrador de derecho⁶⁵⁶.

Administradores de derecho que, en correspondencia con lo también ya expuesto, igualmente ostentan un deber de veracidad, con origen en una norma extrapenal, en relación con la confección de las cuentas anuales y el resto de documentos de la entidad, de tal forma que nos hallaríamos, desde esta óptica y en relación con estos sujetos, ante un delito catalogable como de infracción de deber⁶⁵⁷. Como pone de manifiesto GARCÍA CAVERO⁶⁵⁸, entre muchos otros autores, insisto en que el tipo se basa en un deber específico extrapenal, que consiste en reflejar la imagen fiel de la entidad en las cuentas anuales y en otros documentos jurídico-económicos, siendo esta regulación extrapenal la que

⁶⁵⁵ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 59; el mismo, “El delito... cit.”, p. 105.

⁶⁵⁶ Como concluye ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones... cit.”, p. 79, el nombramiento debe reunir “*todos los requisitos o formalidades exigidos por la legislación mercantil*”.

⁶⁵⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad... cit.*, p. 71.

⁶⁵⁸ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 216 y ss.

fundamenta el alcance del delito de falsedad en la información social, y la infracción del deber de veracidad la que fundamenta el injusto recogido en el artículo 290 del Código Penal.

2.2. El administrador de hecho⁶⁵⁹:

De forma prolija los autores se han referido a la discusión doctrinal existente que gira en torno del concepto de administrador de hecho. Debe tenerse en cuenta, de una parte, que la posición de los administradores de hecho no trae su origen en su nombramiento formal, sino en un poder de actuación material que supone su equiparación a la de los administradores de derecho⁶⁶⁰; y de otra parte, que sin embargo no es posible sin más llevar a cabo una equiparación entre los administradores de derecho y de hecho, cuando el delito lleva en sí mismo la realización o no de un acto de administración que, “a priori”, resultaría exclusiva competencia de un determinado sujeto, el administrador de derecho, y no de otro, el administrador de hecho. Como pone de manifiesto TERRADILLOS BASOCO⁶⁶¹, no es posible la simple equiparación de administrador de derecho y de hecho *“cuando el ilícito penal lleva inherente el cumplimiento o incumplimiento de un acto que entra exclusivamente en la competencia de quienes, frente a la sociedad y a terceros, tiene una determinada posición jurídica (redacción de balances, denuncias, etc.)”*.

⁶⁵⁹ Muy extensamente sobre la figura del administrador de hecho, vid. por todos, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, pp. 109 y ss.

⁶⁶⁰ Así FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “Aproximación...cit.”, p. 119.

⁶⁶¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., *Delitos societarios...cit.*, p. 60.

2.2.1. El concepto de administrador de hecho antes de la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Antes de la señalada reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con la figura del administrador de hecho podía distinguirse un concepto mercantil, caracterizado por su carácter estricto y por la relación formal del sujeto con la sociedad, y un concepto material, de carácter amplio, basado ya no tanto en esa relación formal, sino en la relación con el bien jurídico y, para la mayoría de los autores, en el dominio de la acción⁶⁶², por parte de aquellos que, en definitiva, *“poseen fácticamente el poder societario y el dominio social sin haber dado cumplimiento a los requisitos formales indispensables para poder ser administrador”*⁶⁶³.

Desde un punto de vista mercantil –concepto mercantil estricto–, los administradores de hecho son aquellos que *“ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado”*⁶⁶⁴. En igual sentido, RÍOS CORBACHO⁶⁶⁵ afirma que *“debemos considerar enmarcados dentro de esta*

⁶⁶² Así, por citar a algunos autores, ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones... cit., pp. 79 y 80; FARALDO CABANA, P., *El delito...cit.*, pp. 75 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., “El actuar... cit., 198 y ss.; el mismo, *Instituciones de Derecho penal*, México, 2001, pp. 215 y ss.

⁶⁶³ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Sujetos responsables en los delitos societarios”, en *Revista Penal*, núm. 1, Valencia, 1998, p. 22. Para los autores partidarios de configurar la figura objeto de análisis como un delito de infracción de deber, lógicamente el deber previo extrapenal constituye el núcleo central del concepto de administrador de hecho.

⁶⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 45 y ss. En similares términos NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad... cit.*, p. 71, o RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 115.

⁶⁶⁵ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., pp. 24 y 25. MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 254, concretan el concepto mercantil de administrador de hecho, a *“quien aparenta serlo de derecho, siendo tal apariencia formal”*.

figura [los administradores de hecho] a aquellos cuyo nombramiento está afecto a nulidad... El «administrador de hecho» podíamos conceptualarlo de manera negativa señalando que son aquellos que realizan actos propios del administrador sin tener formalizado el nombramiento, conforme a lo señalado en las disposiciones legales”. O como dicen BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, “desde un punto de vista estrictamente mercantil administrador de hecho es «quien aparenta serlo en derecho» por lo que debe abarcar exclusivamente aquel administrador de derecho cuyo nombramiento hubiere caducado por transcurso del plazo legal, el nombrado como de derecho en el que concurran causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación que no hayan sido detectadas por quienes le nombraron y aquellos cuyos nombramientos o ceses no han sido aún inscritos en el Registro Mercantil, ostentando en todos los casos formal apariencia de tener atribuidas facultades suficientes”⁶⁶⁶. Se trata por tanto de la persona que ha sido nombrada como administrador, pero cuyo nombramiento deviene falto de eficacia por cuanto carece de alguno de los requisitos de carácter formal que la normativa específica mercantil impone⁶⁶⁷, esto es, se trata de un nombramiento no aceptado o, en su caso, inscrito, o de un nombramiento que adolece de determinados vicios⁶⁶⁸. En relación con este concepto estricto, se trata de la concepción tradicionalmente adoptada por la doctrina mercantilista⁶⁶⁹, a favor de la cual parece manifestarse, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, al decir que “la referencia a los «administradores de hecho», con la que básicamente parece aludirse a los

⁶⁶⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 636.

⁶⁶⁷ GALLEGOS SOLER, J.I., “Política... cit.”, p. 215.

⁶⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Fundamentos... cit.*, p. 150. “La doctrina mercantil entiende generalmente que... tienen consideración de administradores de hecho aquellos cuyo nombramiento está afecto de nulidad”, MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 23.

⁶⁶⁹ MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 23; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad... cit.*, p. 75.

administradores que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica”⁶⁷⁰ y, expresamente, GARCÍA CAVERO, al señalar que “el sujeto que desempeña fácticamente el cargo de administrador con el consentimiento o tolerancia de los socios no puede... ser sancionado por este delito. No existe, en este caso, un nombramiento como tal –incluso defectuoso– que justifique la atribución de deberes específicos. El consentimiento fuera de sus maneras jurídicas de ser expresado no es fuente de obligaciones institucionales y, en todo caso, puede también interpretarse como una renuncia de los socios a individualizar estos deberes específicos en una persona determinada. Por otro lado, también excluyo como posibles autores de este delito al sujeto que se arroga unilateralmente las funciones de administración y aquél que tiene una simple preponderancia sobre el administrador de derecho”⁶⁷¹.

Atendiendo ahora al concepto material de administrador de hecho – concepción amplia⁶⁷²–, estaríamos en presencia de la persona que desde el punto de vista fáctico, asume la administración de la entidad, de tal forma que la gestión de la misma queda en sus manos o en su ámbito de influencia, o como dice SILVA SÁNCHEZ, se trata del “sujeto que controla la gestión social”⁶⁷³. Por tanto, lo relevante ya no será la formalización de la relación interna del administrador con la sociedad, sino el ejercicio de las labores de administración y el bien jurídico protegido por la norma penal sustantiva, esto es, la relación entre

⁶⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 45.

⁶⁷¹ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad...* cit., p. 222.

⁶⁷² En palabras de AREÁN LALÍN, M., “Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998, p. 27, los supuestos en los que “la responsabilidad por estas conductas habrá de extenderse a cualquier otra persona que, por desempeñar labores y funciones inherentes al órgano de administración, pudiera llevar a cabo conductas como las incriminadas”.

Abordaré la cuestión desde el punto de vista tradicional y mayoritario en la doctrina, esto es, desde la catalogación del delito como de dominio del hecho.

⁶⁷³ SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Fundamentos...* cit., p. 150.

el que administra y su capacidad real de poner en peligro o lesionar los intereses jurídicos tutelados⁶⁷⁴. Dentro de este concepto, puede distinguirse, más estrictamente, “la actuación permanente, abierta, reconocida fácticamente por la sociedad y por el propio sujeto, unida a la asunción de las funciones del administrador de derecho (todas ellas)”⁶⁷⁵, y más ampliamente, la actuación “de quien controla la gestión de la sociedad o posee el dominio social típico, realizando funciones de gestión o administración de la sociedad”⁶⁷⁶. Junto con estas posiciones más generales, como pone de manifiesto FERRÉ OLIVÉ⁶⁷⁷, existen algunas opiniones aisladas en la doctrina que, sin aceptar el criterio mercantilista, sin embargo apuntan a un concepto material de administrador de hecho igualmente restrictivo⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad...* cit., p. 76. Según la autora, “lo que en la interpretación del término «administrador de hecho» interesa no es la perfección de la relación interna entre el sujeto y la sociedad, sino la relación externa del agente con el bien jurídico, porque es posible que el sujeto, que carece formalmente de la cualificación de derecho, realice la acción típica y produzca la lesión o peligro del bien jurídico de un modo equivalente a su realización por un sujeto idóneo”. Vid. en este sentido FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (1996) cit., p. 148, y *Los delitos...* (2015) cit., p. 57.

⁶⁷⁵ GALLEGO SOLER, J.I., “Política... cit., p. 215, en referencia a SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. “El actuar...cit., pp. 198 y ss. Vid. extensamente PÉREZ VALERO, I., *El delito...*cit., pp. 292 y ss.

⁶⁷⁶ GALLEGO SOLER, J.I., “Política... cit., p. 215, de nuevo en referencia a SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “El actuar...cit., pp. 198 y ss.

⁶⁷⁷ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Sujetos... cit., pp. 23 y ss.

⁶⁷⁸ Tal es el caso, por ejemplo, de RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., *Estudios...* cit., pp. 108 y 109, en cuya opinión sólo podrán ser administradores de derecho quienes tengan efectivamente la condición de administrador conforme a Derecho, así como aquellos que estatutariamente asumieran funciones de administración de la entidad, mientras que serán administradores de hecho exclusivamente los administradores de derecho que no hubieran regularizado su situación legal. En este sentido, afirma con claridad que mientras que “un sector doctrinal entiende por tal [administrador de hecho] a cualquier persona que de hecho manda en la sociedad (p. ej., accionista mayoritario que desde atrás impone sus decisiones a los administradores de Derecho) o de algún modo actúe en nombre de la sociedad (apoderado, p. ej.). Otra dirección entiende que el administrador de hecho sólo puede ser, por definición, quien es administrador, es decir, quien tiene atribuidas de hecho las mismas funciones de gobierno y representación que la ley y los estatutos atribuyen a los administradores de derecho, si bien no poseen formalmente esta condición. Administradores designados que actúan antes de aceptar formalmente el cargo, o que actúan con mandato vencido, administradores que han sido nombrados sin advertir que concurren causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación, etc. Esta segunda interpretación me parece más correcta. La primera contradice la voluntad de la ley, porque convertiría a los tipos en que se requiere tal cualidad en el sujeto activo en delitos comunes, cuando se quiso que fuesen

En relación con este concepto material de administrador de hecho y con la anterior subdivisión, prescindiendo de las opiniones doctrinales aisladas, como pone de manifiesto ENCINAR DEL POZO, efectivamente existe una parte de la doctrina que considera necesario que concurra, además, un consentimiento expreso o al menos tácito –tolerando su actuación- por parte de los socios, con respecto al ejercicio de estas facultades de administración, toda vez que, en caso contrario, se permitiría a cualquier sujeto la atribución de unas facultades sociales al margen del conocimiento de los miembros de la entidad, de tal forma que su ejercicio conllevaría el surgimiento de obligaciones para la misma⁶⁷⁹. Así, autores por ejemplo como MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO, opinan que la figura del administrador de “facto” requiere de una mínima apariencia jurídico-formal de que el sujeto es administrador de la entidad, suficiente para que así sea tomado por terceros, de tal forma que no podrá ser administrador de hecho cualquier persona, aun a pesar de que ejerza de hecho la dirección o administración de la entidad, pues se trataría de una cláusula completamente abierta e inadecuada para cualificar al sujeto activo del delito, y que haría que nos halláramos ante un delito común y no en presencia de un delito especial, poniéndose además en complicada situación tanto la seguridad jurídica como el principio de legalidad, en caso de interpretarse que lo pretendido a través del artículo 290 del Código Penal es otorgar al juzgador la potestad de decidir en

propios. La ley no dice el que de hecho administra, manda o gobierna en la sociedad, sino que alude al administrador de hecho o de derecho”.

Igualmente BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 637, (vid. también BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995”, en *Jornadas sobre Derecho penal económico*, Oviedo 1997, p. 262) al entender que sólo podrá ser administrador el “miembro de la entidad que tiene dominio social y, por tanto, se convierte en garante del bien jurídico protegido por la norma”, de tal forma que se limita por los citados autores el número de personas que pueden ser administradores de hecho, dado que deben ser miembros de la entidad.

⁶⁷⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones... cit.”, p. 80.

cada caso quién es o no administrador de hecho⁶⁸⁰. En el mismo sentido, también por ejemplo en cuanto a este extremo, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE⁶⁸¹, al firmar que “*el mínimo formal para el administrador de hecho ha de ser la tolerancia por parte de la entidad respecto de su actuación, lo que implica la asunción de las obligaciones derivadas de la actuación de aquél*”, lo que trae su causa precisamente en la circunstancia de que el administrador de hecho ostente el dominio social y, en consecuencia, sea sujeto garante del bien jurídico protegido, siendo secundaria por ello la relación interna que tenga este sujeto con la sociedad y primaria la que tiene externamente con el interés objeto de tutela.

En relación con esta última cuestión, esto es, la apariencia jurídico-formal con la que debe actuar el administrador de hecho, podría pensarse que no sería necesaria, entendiéndose que cualquier persona puede llegar a realizar un acto de administración sin conocimiento de los socios o de terceros, y a espaldas de la propia entidad. En mi opinión, este planteamiento no es correcto, y ello por varios motivos, ya apuntados al menos en cierta forma con anterioridad: en primer término, se estaría aceptando un concepto de administrador de hecho excesivamente amplio, pues cualquier persona que alterara un documento que haya de reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, tendría la consideración de administrador de hecho a efectos penales, extremo que, de ser así, no hubiera hecho necesario definir qué ha de entenderse por administrador de “facto” y, yendo más allá, no habría precisado ni tan siquiera ceñir el presente delito a los administradores, sino que hubiera sido suficiente con decir “*el que falseare las cuentas anuales...*”, dejando de ser por tanto, un delito especial propio pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 606/2010, de 25 de

⁶⁸⁰ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos...* cit., p. 251.

⁶⁸¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* cit., p. 637.

junio⁶⁸², “*La excesiva laxitud en la asignación del rol de administrador de hecho puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio*”; una cosa es que alguien que no es administrador de derecho pueda llegar a ser considerado u ostentar la condición de administrador de hecho de una entidad, a efectos penales, es decir, ocupar la posición del administrador de derecho, siempre que se den los requisitos y criterios de imputación necesarios para ello, y otra cosa es que no se exija a tal objeto ningún otro requisito que el de haber tenido acceso a los documentos sociales y haber procedido a su alteración; este criterio restrictivo es coherente con la opinión anteriormente manifestada, en virtud de la cual considero que no estamos en presencia de un delito de dominio del hecho, donde lo esencial es que el sujeto tenga al alcance la posibilidad real de poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido, dependiendo de él, sino ante un delito de infracción de deber, de tal forma que será imprescindible que al mismo le sea exigible un deber, en este caso de veracidad, de origen previo y extrapenal, en relación con la información que hace constar en los documentos jurídico-económicos que confecciona.

En segundo lugar, en relación con lo anterior, no puede olvidarse que la falsedad en documento mercantil llevada a cabo por un particular, resulta atípica conforme a lo previsto en el artículo 392.1 en relación con el 390.1 del Código Penal, cuando la modalidad falsaria empleada haya sido faltar a la verdad en la narración de los hechos, lo que en el supuesto del artículo 290 sucede en prácticamente la totalidad de las ocasiones, circunstancia por tanto que haría bastante cuestionable la tipicidad de la falsificación de las cuentas anuales en el caso de no realizarse por una persona distinta al administrador de “iure”, si no se advierten algunas diferencias entre la actuación de cualquier persona y la de un administrador de hecho. Parece lógico pensar que el administrador de hecho no

⁶⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 606/2010, de 25 de junio (RJ 2010\7169).

es una figura equivalente sin más a la de cualquier particular, e igualmente, que si en virtud de la norma se produce una equiparación del administrador de hecho al administrador de derecho, ello es porque aquél ocupará la posición de garantía de éste con respecto al bien jurídico protegido, siendo esta la razón precisamente por la cual le es predicable el mismo deber de veracidad que al administrador de derecho. Siendo esto así, para poder diferenciar la actuación por parte de un simple particular en relación con el objeto del delito de la falsedad contable, de la actuación de quien puede ser considerado administrador no formal de la entidad, pero administrador a fin de cuentas, es imprescindible que éste último lo lleve a efecto bajo una mínima apariencia jurídico-formal, lo que se concreta, cuando menos, en un conocimiento o consentimiento tácito de la asunción de tales funciones por parte de los socios o de alguna manera en el contexto de la entidad pues, en caso contrario, de tratarse de un completo desconocido para éstos, no podríamos hablar de un administrador de hecho equiparable al de derecho.

Por tanto, en primer término, antes de la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital de diciembre de 2014, podía distinguirse en la doctrina una opinión tendente a considerar al administrador de hecho de acuerdo con una concepción estricta del término, fundamentalmente por la doctrina mercantilista, autora del mismo, consistente en la figura del administrador que ha sido nombrado o elegido, pero que sin embargo no se encuentra en una situación jurídica regular que le permita ser considerado administrador de derecho, ya por un nombramiento defectuoso, ya por la falta de aceptación o de inscripción del nombramiento, o ya por la caducidad del mismo; y una opinión, mayoritaria en la doctrina penal, que atribuye al término un significado más amplio y que atiende “a la relación material y fáctica entre el sujeto activo y la sociedad”⁶⁸³ y a la capacidad real para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido. En relación con estas dos opciones, como acabo de indicar, la doctrina penalista

⁶⁸³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “Aproximación...cit., p. 116.

coincide mayoritariamente en señalar que, desde esta parte del Ordenamiento jurídico, el concepto mercantil estricto de administrador de hecho no resulta suficiente y debe ampliarse⁶⁸⁴, pues lo relevante a estos efectos no es la perfección o formalización de la relación interna entre el administrador y la sociedad, sino la capacidad real de gestión de la entidad, así como la relación material existente entre el sujeto y los intereses tutelados, debiendo por tanto estarse a la funcionalidad de los órganos y las actividades que realizan, y pudiendo concluirse que el administrador de hecho sólo responderá si, en la práctica, y según las distintas opiniones, al margen de formalismos, tiene las facultades y deberes propios del cargo de administración⁶⁸⁵, y/o el dominio y control de la gestión de la entidad, junto con la posibilidad real de poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido⁶⁸⁶.

En relación con cuanto precede, parece evidente que, como apunta DEL ROSAL BLASCO⁶⁸⁷, resulta necesario llevar a cabo una clara delimitación del concepto de administrador de derecho, para a partir de ésta tratar de definir qué debe entenderse por administrador de hecho, teniendo en cuenta que éste debe equipararse a aquél. Y en este sentido, comparto la opinión generalizada de la que el administrador de derecho será aquel que está debidamente nombrado y en relación al cual se han observado todas las formalidades y requisitos legales que posibilitan y validan su nombramiento, siendo por tanto suficiente la remisión normativa que se hace a la rama mercantil del Ordenamiento en este sentido. Por

⁶⁸⁴ Como pone de manifiesto FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Sujetos... cit., p. 23, “*Este concepto es muy limitado, y ello es lógico, porque está concebido para producir efectos en el ámbito estrictamente mercantil, que debe favorecer la actuación de los administradores de Derecho y limitar al máximo posible la relevancia de los actos de cualquier otro sujeto*”.

⁶⁸⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *La responsabilidad... cit.*, pp. 115 y 116.

⁶⁸⁶ En parecidos términos NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 368, al señalar que “*se trata de vincular la condición de sujeto activo a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido*”.

⁶⁸⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 62.

su parte, en el caso del concepto de administrador de hecho, en el mismo sentido que la mayoría de la doctrina, no considero suficiente el concepto estricto elaborado por los autores mercantilistas, sobre la base de una concepción netamente formal, ya que quedarían fuera del ámbito de aplicación de la norma todos aquellos supuestos de verdadera asunción de labores de administración en los que no se hubiera producido un nombramiento expreso, esto es, todos aquellos casos en los que efectivamente se ejercieran las labores propias de la administración cuando tal labor no hubiera sido precedida de un nombramiento, sin título alguno habilitante, con independencia de que a resultas faltara algún requisito formal para su validez⁶⁸⁸. Por consiguiente, empleando las palabras de NÚÑEZ CASTAÑO, *“una definición de administrador de hecho, que sea válida a efectos penales, debe comenzar por centrarse en la existencia de una verdadera relación fáctica entre el sujeto y el bien jurídico penalmente protegido, esto es, en la función real que el sujeto desempeña y en su caso a la relación típica con el interés protegido, independientemente de que se mantenga o no un determinado vínculo formal con la sociedad”*⁶⁸⁹.

Consecuentemente, abogo por la necesidad de seguir el concepto amplio de la doctrina penalista, basado en el aspecto material, esto es, acudir a una calificación objetiva del administrador de hecho, en atención al ejercicio de labores propias de administración, dicho lo cual, considero que resulta preciso llevar a cabo una limitación de esta noción de administrador de hecho, basada tanto en la existencia de un deber previo y extrapenal (no en el dominio social típico como para la mayoría de la doctrina), como en el conocimiento de las

⁶⁸⁸ En este sentido NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 369.

⁶⁸⁹ Ibídem, p. 369. En igual sentido ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones... cit., p. 80, en referencia a la concepción amplia de administrador de hecho, la cual *“no atiende a la relación interna entre administrador y sociedad sino a la relación externa entre administrador y bien jurídico protegido. Por ello, exige que la persona haya asumido y ejercido de hecho la posición de administrador, entendiendo que ejercita aquellas funciones de administración a partir de las cuales ostenta una posición que le permite atacar el jurídico protegido”*.

labores de gestión ejercidas por dicha persona por parte de la entidad o sus socios, pues de lo contrario, cualquier persona que alterase los documentos sociales de forma anónima y sin ser titular de bien jurídico alguno (o sin ejercer dominio sobre la estructura social que protege el bien jurídico para la mayoría de la doctrina), podría ser autor de la falsedad contable del artículo 290 del Código Penal⁶⁹⁰, lo que sin embargo iría en contra de su naturaleza de delito especial propio, permitiendo que cualquiera pudiera atribuirse facultades sociales y, en tal caso, generar con su ejercicio obligaciones para la sociedad.

En este sentido, aunque desde la concepción del delito como de dominio del hecho, FARALDO CABANA, entre otros autores, afirma que *“se ha de otorgar a la expresión «administrador de hecho» un significado amplio, que atiende no tanto a la relación formal entre el administrador y la sociedad cuanto a la redacción material fáctica entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido... Para delimitar quiénes pueden ser incluidos en la expresión «administrador de hecho» hemos de acoger, por tanto, una fundamentación material orientada en la línea de la teoría del dominio social, en atención a la cual se ha de exigir que la actuación del administrador de hecho sea materialmente idéntica a la del administrador de derecho. Esta identidad existe cuando el sujeto ejerce de hecho las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad, con la aceptación al menos tácita de la sociedad y frente a terceros, puesto que éstas son las notas que caracterizan la actuación de los administradores de derecho...”*⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El Administrador de hecho de las Sociedades*, Pamplona, 2002, p. 136, se refiere al ejercicio de las labores propias de la administración llevadas a cabo por cualquier persona.

⁶⁹¹ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 77 a 79. Añade la autora que *“en aplicación de estos criterios es posible resolver el problema de si el llamado «administrador oculto» puede considerarse como administrador de hecho a efectos penales. Los motivos que han inducido a subrayar la necesidad de que la actuación se realice ad extra, con el consentimiento de la sociedad, obligan a excluir del concepto de administrador de hecho a quienes, aun teniendo el control de la*

sociedad, lo ejercen a través de hombres de paja nombrados regularmente, evitando revelarse ante terceros.

En relación con este aspecto, la exclusión del concepto de administrador de hecho de aquel que gobierna desde la sombra, es algo discutido en la doctrina, como señala la propia autora de referencia. A favor, CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal* (Art. 295 CP), Madrid-Barcelona, 1998, p. 238; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 251 y 252. En contra, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998, p. 36; FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Sujetos...cit.”, p. 24.

Considera FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, pp. 78 y 79, que aun teniendo el control de la entidad, aquel que gobierna la sociedad empleando testaferros o fiduciarios, nombrados de manera regular administradores de derecho, no puede ser alcanzado por el concepto de administrador de hecho, en tanto que “*administrador de hecho es quien accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico penalmente protegido de forma equivalente a como lo hace un administrador de derecho, lo que hace necesario exigir el reconocimiento por lo menos tácito de la sociedad y la actuación frente a terceros*”, por lo que en aplicación de estos criterios no es posible mantener que quien gobierna en la sombra, a pesar de tener el dominio social, pueda entenderse incluido en el concepto de administrador de hecho. En sentido contrario, por citar alguno, FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Sujetos...cit.”, p. 24, señala que “*El administrador oculto no exterioriza sus funciones de administración pero domina la sociedad. Su peligro potencial para los bienes jurídicos es mucho mayor por la situación de impunidad en la que se quiere colocar, intentando eludir de forma directa sus responsabilidades. Fácticamente domina la sociedad y ejerce funciones de administración*”.

En mi opinión, sin pretender profundizar excesivamente en ello, todo depende del alcance que se le dé al necesario “conocimiento” que, al menos de forma tácita o consentida, deben tener la sociedad o los socios. Bajo mi punto de vista, sí existirá tal conocimiento mínimo en el caso de la actuación a través de testaferros, toda vez que el propio administrador de derecho que le sirve de instrumento al sujeto que permanece oculto y que verdaderamente dirige la entidad, ya supone “per se” una manifestación de su propia existencia, en tanto que dicho administrador de “iure” resulta ser el representante legal de la sociedad a todos los efectos, por lo que no parece posible afirmar que la sociedad es completamente ajena a la existencia de un administrador de hecho, cuando el propio administrador de derecho sí es conocedor de ello. Lo contrario sería tanto como admitir que el sujeto oculto nunca respondería en concepto de autor y que únicamente podría resultar partícipe en el delito del administrador de derecho, cuando por el contrario a aquél le incumbe el deber extrapenal o, esto según la tesis mayoritaria en la doctrina en cuanto a la naturaleza del delito societario, aquél tiene el dominio social, siendo capaz en cualquier caso de poner en riesgo y lesionar el bien jurídico protegido, y es conocido por el representante legal de la entidad, circunstancia que supondría una laguna de impunidad contraria a la que la propia figura delictiva y la inclusión en la misma de la figura del administrador de hecho, han pretendido evitar.

En este sentido, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “Aproximación... cit.”, p. 117, opina que “*el objetivo político criminal que subyace al tipo que se analiza [se refiere al delito de administración desleal antes de su supresión tras la reforma del Código Penal de 2015], es poder incriminar como sujetos activos... a aquellas personas que, de manera oculta o no, controlan el devenir de la sociedad, ya sea por ellos mismos o junto a otros administradores de hecho o de derecho*”. Y de otra parte, existe reiterada doctrina jurisprudencial que pone de relieve cómo el concepto de administrador de hecho, alcanza al administrador oculto, esto es, aquel que dirige desde la sombra; vid. por ejemplo, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de julio (RJ 2006/7317).

De este modo, dentro del concepto amplio de administrador de hecho que enuncia la doctrina penalista, debe rechazarse aquella opinión que no viene exigiendo que las funciones de administración se ejerzan, al menos, con cierta apariencia de cara a la entidad o sus socios o aceptación tácita por parte de los mismos, toda vez que se trata de una de las notas que caracterizan la actuación de los administradores de derecho que, del mismo modo, debe exigirse en relación con la actuación de los administradores de hecho, que además deberán tener, según las distintas opiniones doctrinales, ya el deber previo extrapenal de actuar de una determinada forma, lo que debe ser puesto en relación con el bien jurídico, ya el dominio social típico, en el sentido de controlar la estructura social en la que se otorga protección al bien jurídico, ocupando en consecuencia una posición de garante frente a éste, tanto en un caso como en otro; aspecto, el del conocimiento mínimo por parte de socios o por parte de la entidad, o apariencia jurídico-formal mínima, que en mi opinión precisamente sirve para diferenciar la figura del administrador de hecho del mero particular que, de una forma u otra, logra en un momento dado alterar un documento social de los que están llamados a reflejar la imagen fiel de la entidad, cuando tampoco en ningún caso ostenta ese deber o ese dominio social típico al que he hecho referencia.

Dicho lo anterior, lo cierto es que en los últimos años, como ha anunciado parte de la doctrina⁶⁹², se ha venido apreciando a través de los pronunciamientos judiciales, un evidente acercamiento del concepto mercantil de administrador de hecho, al concepto penal mayoritario expuesto. Extensamente ha hecho referencia a ello ASTARLOA HUARTE-MENDICOA⁶⁹³, exponiendo cómo

⁶⁹² ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “¿Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en Derecho penal y Derecho societario?, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, año 2011, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Madrid, 2011, pp. 60 y ss.; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., p. 86.

⁶⁹³ ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “¿Por fin... cit., pp. 60 y ss.

efectivamente desde el año 2010, se ha producido con notoria intensidad un fenómeno de aproximación progresiva del concepto de administrador de hecho entre el Derecho penal y el resto de disciplinas del Ordenamiento jurídico, citando algunos ejemplos jurisprudenciales tanto civiles como penales, que efectivamente ponen de relieve esta nueva tendencia. Achaca el autor de referencia esta progresiva convergencia a dos elementos, la introducción de la figura del administrador de hecho en las normas ajenas al Derecho penal con más generalidad (así por ejemplo en el ámbito de la Ley General Tributaria, de la Ley Concursal o de la Ley de Transparencia) y a diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo (y de las Audiencias Provinciales) tanto de la Sala de lo Penal, en los que ha venido concretándose con mayor precisión qué debe entenderse por administrador de hecho, como de la Sala de lo Civil, en los que se ha ido aproximando el concepto extrapenal al acuñado en esta rama del Ordenamiento por la doctrina y la jurisprudencia.

También en relación con dicha aproximación o acercamiento, analiza⁶⁹⁴ los criterios o pautas contenidas en esas Sentencias, orientados a la delimitación de la figura del administrador de hecho. De este modo, partiendo del concepto amplio de administrador de hecho formulado por la mayoría de la doctrina penal, desde el punto de vista de dicho Orden penal y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, se enuncian como elementos definidores de la figura del administrador de “facto”, la “permanencia en el tiempo” y la “autonomía o independencia” (sinónimo de ausencia de dependencia jerárquica), en el sentido de que podrán ser tenidos por tales aquellos cuya actuación como administradores no formalmente nombrados, se desenvuelva en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Así por ejemplo la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de junio

⁶⁹⁴ Sigo refiriéndome a ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “¿Por fin... cit., pp. 60 y ss.

de 2010⁶⁹⁵, expresamente citada por ASTARLOA HUARTE-MENDICOA⁶⁹⁶, señalando en relación con los administradores de hecho que *“su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo... Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores”*.

Haciendo mención expresa de algunas de las resoluciones del Orden civil a las que hace referencia el propio ASTARLOA HUARTE-MENDICOA⁶⁹⁷, puede comprobarse efectivamente el acercamiento que se ha producido del concepto extrapenal de administrador de hecho, al concepto penal del mismo, que no a la inversa. Así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 5 de enero de 2011⁶⁹⁸, citando la de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 17 de diciembre de 2009⁶⁹⁹, señala que administrador de hecho sería quien desempeñe su función *“mediante el control de hecho de la gestión social, bien ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva bien llegando a sustituirles, ya actuando de manera oculta o en la sombra, ya mostrándose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador formal”*. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 6 de julio de 2011, al señalar que las *“notas definitorias del administrador de hecho son las siguientes: (a) elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento*

⁶⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de junio de 2010 (RJ 2010\2011).

⁶⁹⁶ ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “¿Por fin... cit., p. 65.

⁶⁹⁷ Ibídem, pp. 65 a 67.

⁶⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 5 de enero de 2011 (AC 2011\240).

⁶⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 17 de diciembre de 2009 (JUR 2010\68550).

formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y por tanto, como expresión de la voluntad social; (b) la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad; y (c) cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de la decisión”⁷⁰⁰.

A la vista de cuanto precede, y sin perjuicio de lo señalado en relación con el concepto penal de administrador de hecho, más amplio que el definido en el ámbito mercantil, parece comprobarse efectivamente cómo *“en los últimos años se ha ido produciendo la confluencia de los conceptos mercantil, administrativo y penal, confluencia acogida en la jurisprudencia de los distintos órdenes jurisdiccionales, lo que supone una situación de mayor seguridad jurídica”⁷⁰¹.*

⁷⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 6 de julio de 2011 (JUR 2011\319319). En iguales términos las anteriormente citadas Sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 5 de enero de 2011 (AC 2011\240), y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 17 de diciembre de 2009 (JUR 2010\68550), al señalar como elementos que definen la figura del administrador de hecho, “(i) una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad; (ii) que dicha actividad directiva y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión; y (iii) que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador lo sea de un modo permanente y constante”. También el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de septiembre de 2009 (AC 2009\2227), señala que administrador de hecho es “quien realmente ha ejercido las funciones del poder efectivo de gestión y gobierno de los asuntos sociales, propias del cargo de administrador, de modo continuado con autonomía y falta de subordinación”.

⁷⁰¹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., p. 86.

2.2.2. El concepto de administrador de hecho tras la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Esta aproximación del concepto extrapenal de administrador de hecho hacia el concepto penal del mismo, tiene en mi opinión su culminación en la nueva definición que introduce el actual artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital. Efectivamente, como he tenido ocasión de señalar en líneas anteriores, el apartado veinte del artículo 1 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 24 de diciembre de 2014, da nueva redacción al artículo 236 de la citada norma mercantil, en relación a la cual debe destacarse cómo el apartado 3 del mencionado precepto, tras señalar que *“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho”*, continúa indicando que *“A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*.

De este modo, se incorpora al artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, una nueva definición sobre qué habrá de entenderse por administrador de hecho, desde el punto de vista del Derecho mercantil, definición que amplía el concepto de administrador de hecho que hasta la fecha se tenía desde esa rama del Ordenamiento jurídico. Se trata de una reforma de suma importancia, por cuanto se incluye por primera vez la mención a *“la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título... las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*; como acabo de exponer en el anterior subapartado, hasta el momento

previo a esta reforma, únicamente se contemplaba dentro del concepto mercantil de administrador de hecho, a quien ha sido nombrado como administrador, pero cuyo nombramiento deviene falto de eficacia por cuanto carece de alguno de los requisitos de carácter formal que la normativa específica mercantil impone⁷⁰², es decir, que se trata de un nombramiento no aceptado o, en su caso, inscrito, o de un nombramiento que adolece de determinados vicios⁷⁰³, todo ello al margen de la evolución habida en los últimos años en la doctrina jurisprudencial extrapenal, a la que se ha hecho sucinta referencia anteriormente, que sí ha mostrado una tendencia clara a definir al administrador de hecho con el alcance que lo ha venido haciendo la doctrina y la jurisprudencia penal.

Puede afirmarse, por tanto, que el concepto estricto de administrador de hecho acuñado por la doctrina mercantilista, con la reforma del artículo 236 de la Ley reguladora de las Sociedades de Capital se ha superado, produciéndose una paridad al concepto material y amplio adoptado por la doctrina penalista, ya que ahora, de acuerdo con la normativa mercantil, administrador de hecho también será quien actúe como tal sin título alguno y quienes dirijan a los administradores de derecho, aspectos que no quedaban alcanzados por el concepto mercantil de administrador de hecho, y que precisamente fueron el motivo de que por parte de la doctrina penalista se acudiera a una definición propia más amplia que la ofrecida por la doctrina mercantilista y dicha rama del Ordenamiento jurídico.

Esta nueva definición amplia del administrador de hecho por parte del Derecho mercantil, debería “a priori” dar por concluida la polémica doctrinal existente en torno al mentado concepto de administrador de “facto”, pudiendo afirmarse que en el momento actual, existe una coincidencia entre el concepto

⁷⁰² GALLEGO SOLER, J.I., “Política... cit., p. 215.

⁷⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Fundamentos... cit.*, p. 150. “La doctrina mercantil entiende generalmente que... tienen consideración de administradores de hecho aquellos cuyo nombramiento está afecto de nulidad”; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 23.

ofrecido desde el ámbito penal y mercantil. Asimismo, puede apuntarse cómo mientras que en el caso del concepto de administrador de derecho, la doctrina penalista ha acogido la definición o concepto ofrecido por la doctrina mercantilista, contrariamente en el caso del concepto de administrador de hecho, ha sido finalmente el Orden mercantil el que ha adoptado para sí la definición manejada desde hace años por el Orden penal, circunstancia que es de suponer que tenga definitivo reflejo en la doctrina jurisprudencial extrapenal. Y aunque ha sido anterior el concepto penal de administrador de hecho, con su mayor alcance, que el concepto mercantil ahora contenido en la Ley de Sociedades de Capital, dado que es esta parte del Ordenamiento la que lo ha introducido positivamente en primer lugar, probablemente haya de afirmarse que, en el momento actual, también en el caso del concepto de administrador de hecho, desde el punto de vista penal nos hallamos en presencia de un elemento normativo, pues, como en el caso del administrador de derecho, se alude a una realidad determinada por una norma jurídica, debiendo por tanto acudir a la definición de administrador de hecho que proporciona la rama mercantil del Ordenamiento, salvo que la misma finalmente no se entienda de nuevo suficiente, lo que requerirá, probablemente, algo de tiempo y perspectiva.

A modo de conclusión, visto el nuevo panorama normativo existente, en mi opinión puede afirmarse, por consiguiente, aunque con la debida cautela, que existe plena coincidencia a nivel penal y mercantil en relación con los conceptos de administrador de derecho y de hecho, lo que no es óbice para que deba comprobarse la concurrencia de los necesarios criterios de imputación en cada caso concreto y con respecto a la actuación particular que se produzca, a fin de la fijación de la posible responsabilidad, ya penal, ya mercantil.

2.3. Algunos de los supuestos dudosos discutidos por la doctrina:

Lo anterior no impide hacer expresa alusión a cómo la doctrina ha discutido hasta la fecha, la posibilidad de incluir como administradores de derecho o de hecho, determinadas figuras propias del derecho mercantil, existiendo una gran disparidad de opiniones al respecto, no pudiendo establecerse con un mínimo de claridad cuáles de esos supuestos deben entenderse abarcados por los anteriores conceptos y, por tanto, como posibles sujetos activos en el artículo 290 del Código Penal. Igualmente, existen numerosos pronunciamientos judiciales que analizan supuestos de administración de derecho o de hecho, y que hacen alusión a la variada doctrina jurisprudencial existente al respecto, pudiendo citarse, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, dictada en el asunto conocido como Caso Ekin⁷⁰⁴, o la Sentencia de la misma Sala y Tribunal de 13 de octubre de 2009, dictada en el Caso Gescartera⁷⁰⁵. A continuación me referiré sucintamente a algunos de ellos⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de mayo de 2009 (RJ 2010\662).

⁷⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5991).

⁷⁰⁶ No todos los supuestos son discutidos por la generalidad de los autores. Así por ejemplo, los vocales del Consejo de Administración de las sociedades, reúnen para la doctrina la cualidad de administradores de derecho. Del mismo modo, según opinión general, los administradores suplentes sólo podrán ser responsables, como administradores de derecho, una vez que pasen a ser los administradores titulares, toda vez que no es posible su actuación hasta dicho momento. En el caso de los administradores ausentes en el desempeño del cargo se entiende que no altera su régimen de responsabilidad como administradores de derecho y, en este sentido, la ausencia injustificada es por sí misma una clara manifestación de su falta de diligencia. Y en el caso de renuncia del administrador, el mismo seguirá ostentando responsabilidad como administrador de derecho hasta que su renuncia sea inscrita en el Registro Mercantil. En este sentido, por todos, MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad... cit.*, pp. 114 y ss, en referencia a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Régimen de Responsabilidad de los Administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas” en *La responsabilidad del administrador en las sociedades*, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 5, 3ª época, junio-1997, Madrid, 1997, pp. 10 y ss.

2.3.1. El promotor y el fundador:

De conformidad con lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital, las sociedades capitalistas pueden fundarse, bien a través de la suscripción pública de acciones⁷⁰⁷, bien en un único acto por acuerdo de los fundadores⁷⁰⁸. Mientras que en el primero de los casos el nacimiento de la sociedad gira en torno a los promotores, que habrán de comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el proyecto de emisión de acciones antes de dar publicidad al proyecto social, acompañando un informe de viabilidad, documentación concerniente a las acciones y sus derechos, y un folleto informativo, no teniendo que reunir la condición de socio, en el segundo lo hace en torno a los fundadores, responsables de otorgar la escritura social y suscribir todas las acciones, sujetos que, en consecuencia, reúnen la condición de socio⁷⁰⁹.

Según el artículo 54 de la Ley de Sociedades de Capital, los promotores responderán de forma solidaria frente a la entidad y los terceros, de la realidad y exactitud de los listados de suscripción que deben presentar a la Junta constituyente, de los desembolsos iniciales que son exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión, de la veracidad de las declaraciones contenidas en el citado programa y en el folleto informativo y, finalmente, de la realidad y la efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias. Y de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 de la citada Ley de Sociedades de Capital, los fundadores lo harán solidariamente, tanto por sus propios actos como por los de aquellos por cuya cuenta hayan obrado, frente a la entidad, los socios y terceros, de la constancia en la escritura constitutiva de todas las menciones

⁷⁰⁷ Se trata de la llamada fundación sucesiva. Vid. arts. 41 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷⁰⁸ Denominada fundación simultánea. Vid. arts. 19 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷⁰⁹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, pp. 95 y 96. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 363 y 364.

exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la correcta inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución.

En relación con estos promotores y fundadores, la doctrina se plantea si pueden tener cabida en el concepto de administrador de derecho o de hecho, en tanto que en ambos casos de constitución social, viene exigiéndose la presentación de la escritura de constitución, escritura en la que ha de constar la identidad de las personas físicas y/o las personas jurídicas que se ocuparán inicialmente de la administración y representación de la mercantil. En este sentido, parte de los autores viene excluyendo la posibilidad de que promotores y fundadores sean administradores de derecho, en tanto que aquéllos vienen diferenciados de manera clara por la normativa mercantil con respecto de éstos, de tal forma que, si el concepto de administrador de derecho hace referencia a la definición mercantil, esto es, se trata de un elemento normativo, parece evidente que promotores y fundadores no resultan alcanzados por dicha definición o concepto⁷¹⁰. Sin embargo, otro grupo de autores opina, contrariamente, que sí deben ser considerados administradores de derecho, sobre la base de que nos hallamos en presencia del momento más crítico de la formación de ciertas sociedades y que es la propia normativa mercantil la que atribuye de forma directa a estos sujetos, la función de administración de las sociedades en formación, tanto su gestión como su representación, siendo los promotores y fundadores garantes de la administración en esa etapa⁷¹¹.

⁷¹⁰ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 98. Como además señala la autora de referencia, los fundadores habrán de nombrar a los administradores en el momento de la constitución de la entidad. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 364.

⁷¹¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 74.

Otro grupo de autores considera que promotores y fundadores puedan ser considerados como administradores de hecho⁷¹², incluso atendiendo al objeto material del delito⁷¹³. Ya me referí en líneas anteriores, entre otros documentos, al folleto informativo que acompaña a la emisión de valores o a las ofertas públicas de adquisición de valores, y que las sociedades que cotizan en bolsa deben remitir a la Comisión del Mercado de Valores, en relación al cual no parece cuestionarse ni por la doctrina su función informativa, dirigida al público en general, a los posibles inversores, en el que se transmiten datos de contenido económico esenciales de cara a decidir acerca de llevar a cabo o no una determinada inversión, siendo de este modo idónea la falsedad sobre dicho documento o folleto para causar un perjuicio económico como el señalado en el artículo 290 del Código Penal⁷¹⁴.

Finalmente, existen autores que niegan que promotores y fundadores sean directamente posibles sujetos activos de la falsedad del artículo 290 del Código Penal, salvo que hayan sido expresamente nombrados administradores por la Junta constituyente previa a la escritura pública de constitución de la entidad⁷¹⁵.

⁷¹² CASTRO MORENO, A., *El delito... cit.*, pp. 254 y 255; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 390; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, p. 210; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 371.

⁷¹³ En opinión de FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 98, con la negación de la posibilidad de que promotores y fundadores puedan ser autores del delito societario, al quedar excluidos del concepto de administradores de hecho, “*se produce una laguna de criminalización en la etapa inicial de la vida de la sociedad, periodo crítico que debe ser tutelado también a través de los delitos societarios, puesto que tanto los intereses como los bienes jurídicos que son objeto de protección en éstos se hallan ya presentes en esa etapa inicial de la vida social. Para evitar estos problemas es preferible entender que los fundadores y promotores sí pueden ser considerados administradores de hecho en cuanto efectivamente asumen funciones de administración con el consentimiento al menos tácito de la entidad y frente a terceros*”.

⁷¹⁴ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 54 y 55; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 57; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 38; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 379 y ss.; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit.”, p. 1.056; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, pp. 578 y 579.

⁷¹⁵ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit.”, pp. 20 y 21, que advierte la diferencia entre los promotores y los fundadores frente a los administradores, así como sus respectivas responsabilidades la diferencia de éstas desde el punto de vista mercantil y penal; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ

2.3.2. El Auditor:

El supuesto del auditor como sujeto activo del delito de falsedad contable, es igualmente discutido por la doctrina. La conducta de los auditores viene referida “a la actividad de revisión y verificación de los datos y documentos contables emitidos por otra sociedad; es decir, no se falsean datos y documentos propios, sino que la conducta falsaria recae sobre datos y documentos ajenos, esto es, de la sociedad auditada”⁷¹⁶, siendo los auditores “aquellos sujetos que, por Ley..., desempeñan la misión de verificar formal y materialmente, con arreglo a criterios contables y con exactitud y veracidad, las cuentas de la

MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 256 y 257. En relación con esta cuestión, opinan estos últimos autores que “ciertamente clara es la consecuencia de que utilizando el redactado legal, la locución «en formación», los administradores nombrados en los documentos, públicos o privados, que incorporen la voluntad de constituirse en forma societaria, han de considerarse sujetos activos a los efectos del art. 290 CP. Y ello durante todo el tiempo que transcurra hasta la inscripción, en muchos casos constitutiva, en el Registro Público (sociedad irregular, ex art. 16.1 LSA). En otras palabras, en la fase social denominada «en formación» quienes reciban el nombramiento de administradores podrán ser sujeto activo de este tipo penal societario; y ello tanto en los supuestos de fundación simultánea como en los de fundación sucesiva. Más aún podría decirse: en tales momento previos el bien jurídico protegido adquiere una especial relevancia, puesto que el valor veracidad e imagen fiel interesa especialmente, tanto desde la perspectiva de la exactitud de las aportaciones de la sociedad y de la realidad de las mismas..., cuanto si se atiende a que es una fase especialmente apta para captar recursos de la generalidad de los agentes económicos a través de integrarlos como socios (especialmente en los casos de fundación sucesiva). En tal sentido, cabe mencionar que las Directivas Comunitarias se han mostrado particularmente exigentes con los deberes de veracidad referidos a las distintas fases iniciales (preparatoria, de depósito, de publicidad de programa, etc...), llegando a establecerse singulares responsabilidades civiles de carácter solidario (art. 15.1 LSA), no tan sólo para los fundadores sino también para los promotores (en los supuestos de fundación sucesiva, arts. 30 y 32 LSA)..., pero sin que todo ello nos pueda llevar a confundir el sujeto activo del tipo del art. 290 CP, en la fase de formación de la sociedad, que será únicamente quien ostente la cualidad de administrador, de derecho o de hecho, con los sujetos de otros tipos penales. Dicho de otro modo: en una fundación sucesiva, en los promotores no concurrirá la cualidad requerida para integrar el sujeto activo del injusto del art. 290 CP por más que su actividad fuera delictiva, incluso en términos típicos coincidentes con los en él previstos, a no ser que expresa y formalmente hayan sido nombrados administradores por la Junta constituyente regulada por el art. 25 LSA; sí los primeros administradores elegidos por la junta constituyente que ha de preceder a la Escritura Pública de constitución de la sociedad (art. 29 LSA) y también, obviamente, los que pudieran nombrarse en Junta coincidente con esta o en alguna ulterior”.

⁷¹⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”, en *Revista Penal*, núm. 10, Valencia, 2002, p. 75.

sociedad que previamente han sido confeccionadas por los administradores”⁷¹⁷. En este sentido, el artículo 1.2, 3 y 4 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas⁷¹⁸, señala que “2. Se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros”. 3. La auditoría de cuentas anuales consistirá en verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación; también comprenderá, en su caso, la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas. 4. La auditoría de cuentas tendrá necesariamente que ser realizada por un auditor de cuentas o una sociedad de auditoría, mediante la emisión del correspondiente informe y con sujeción a los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley”.

La mayoría de la doctrina se inclina por considerar que el auditor de cuentas, a pesar de su importante papel, no puede ser sujeto activo del delito, por no desempeñar funciones de administración, siendo un extraño a la organización de la sociedad, no ostentando la condición de administrador ni de derecho ni de hecho⁷¹⁹. Así por ejemplo, para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷²⁰, no pueden ser

⁷¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 384.

⁷¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

⁷¹⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 76; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 95 y 96; la misma, *Los delitos... (1996) cit.*, pp. 171 y 172; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 168 a 170; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 385; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, p. 210; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 254 y 255; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La falsa... cit., pp. 74 y ss.; PRAT WESTERLINDH, C., “Responsabilidad penal de los

integrados en la noción de administrador de hecho, de la misma manera que sus informes no pueden ser objeto material del delito⁷²¹, siendo su actuación una mera partición en el delito cometido por otro. En el mismo sentido, también por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, al señalar que los auditores de cuentas no pueden quedar incluidos en el artículo 290 del Código Penal “*al no ejercer de facto funciones de administrador de la sociedad... De ahí que las falsedades cometidas por los auditores en su informe al auditar las cuentas únicamente se podrían reconducir a la participación en el delito de falsedad societaria del art. 290*”⁷²².

No obstante esa mayoría doctrinal, existen algunas voces aisladas en la doctrina⁷²³ que, contrariamente, sí opinan que los auditores de cuentas pueden ser responsables, como administradores de hecho, de la falsedad contable llevada

auditores. El informe de auditoría falso”, en *La Ley Penal*, núm. 54, noviembre-2008, Madrid, 2008, pp. 46 a 59; RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., pp. 17 a 20; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., pp. 447 a 449.

⁷²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 385.

⁷²¹ CARREÑO AGUADO, J., *El tratamiento... cit.*, p. 409, sí considera que el informe de auditoría pueda constituir el objeto material en el delito de falsedad contable del artículo 290 del Código Penal, toda vez que aunque los auditores no pueden ser en ningún caso administradores de hecho, sin embargo “*los administradores sociales pueden cometer las falsedades sobre el informe de auditoría, el cual es portador de información social que es expresión del principio mercantil de imagen fiel en cuanto bien jurídico-penal objeto de protección por el precepto*”.

⁷²² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., pp. 447 a 449. En relación con la cuestión, la autora se refiere al Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007, en el que precisamente, para evitarse la laguna de punibilidad de estos supuestos con respecto a los auditores de cuentas, tal y como se señala en su Exposición de Motivos, como consecuencia de no poder ser abarcados por el concepto de administrador de hecho, se preveía un segundo párrafo en el artículo 290 en el que se incluía la misma pena para los auditores que, no atendiendo sus obligaciones y siendo conocedores de la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídico-económica de la entidad, emitieran un informe favorable sobre los citados documentos.

⁷²³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La responsabilidad penal de los auditores de cuentas y asesores fiscales*, Sabadell (Barcelona), 2003, pp. 140 a 142.

cabo a través del informe de auditoría, que podrá ser, en consecuencia, objeto material del delito⁷²⁴.

2.3.3. El presidente de la Junta General y del Consejo de Administración:

No muchos autores hacen referencia al presidente de la Junta General y/o al presidente del Consejo de Administración⁷²⁵, de la misma forma que pocos se refieren al secretario de la Junta y/o del Consejo, a los que haré referencia en el siguiente subapartado. Para FARALDO CABANA⁷²⁶, cuando coincida en el presidente de la Junta General de socios el cargo de presidente del Consejo de Administración, o la mera condición de administrador, estaríamos en presencia de un administrador de derecho, pero no en otro caso. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ afirma que el presidente del Consejo de Administración

⁷²⁴ El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal del año 2007, sí incluía expresamente a los auditores de cuentas como posibles responsables del delito, concretamente en el párrafo segundo del artículo 290, previéndose las mismas penas que a los administradores de derecho o de hecho, cuando los auditores emitieran un informe favorable sobre los documentos falsificados, incumpliendo sus obligaciones y con conocimiento de la falsedad. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en Álvarez García (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), *La adecuación el Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia 2009, pp. 447 y ss. Sobre otros aspectos de la reforma, ibídem., pp. 427 y ss.

⁷²⁵ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 90; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, p. 116; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho... cit.*, p. 585; RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., pp. 14 a 16.

⁷²⁶ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 90. En opinión de la autora, sobre la posibilidad de que pueda ser considerado como un administrador de hecho, en atención a que su actuación podría lesionar o poner en peligro el bien jurídico de igual forma que a la del administrador de derecho, por ejemplo, en relación con la redacción del acta de la Junta, que compromete tanto al presidente como al secretario de la misma, sin embargo ello no parece posible en tanto que la redacción de dicho acta no forma parte de las labores de administración, de la misma forma que aquéllos no tampoco asumen la condición de administradores frente a terceros, al devenir los cargos de presidente y administrador perfectamente diferenciados, no pudiendo por ello entenderse que el presidente de la Junta General pueda tratarse del sujeto activo del delito, salvo que en el mismo concurra la cualidad de administrador de derecho.

presenta la cualidad de administrador de derecho⁷²⁷. Sin embargo, RÍOS CORBACHO opina que el presidente de la Junta General se trata de un administrador de hecho, *“pues el Presidente aunque no lo dispongan los estatutos siempre ocupa una posición privilegiada para realizar las conductas tipificadas como delictivas en el marco de los delitos societarios...”*⁷²⁸.

2.3.4. El secretario de la Junta General y del Consejo de Administración:

En relación con el secretario de la Junta General y/o del Consejo de Administración, como de nuevo señala FARALDO CABANA⁷²⁹, la función de asesoramiento al presidente de la Junta General o del Consejo de Administración, debe ser una garantía del adecuado funcionamiento de la sociedad, que facilite a los administradores y cargos directivos despreocuparse de las cuestiones meramente formales y ocuparse de la gestión de los negocios de la entidad, circunstancia que, sin embargo, no significa que estemos en presencia de un administrador de la sociedad, sino que únicamente cuando en la persona del secretario de la Junta o del Consejo coincida la condición de Consejero, puede afirmarse que estaríamos en presencia de un administrador de derecho. Del mismo modo y en igual sentido se pronuncia QUERALT JIMÉNEZ, al afirmar que en ningún caso tendrá tal consideración de administrador de derecho el secretario del Consejo, salvo que igualmente ostente la condición de consejero⁷³⁰.

⁷²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho... cit.*, p. 585.

⁷²⁸ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., p. 15. En igual sentido, MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, p. 116.

⁷²⁹ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 90.

⁷³⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho... cit.*, p. 585. También así DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 75, al referir que el secretario del Consejo de Administración no desarrolla funciones de administración y, por tanto, no tiene el dominio social típico, quedando sus labores reducidas a las de mero asesoramiento, redacción y

Por el contrario, RÍOS CORBACHO⁷³¹, partiendo del planteamiento al que acabo de hacer referencia de FARALDO CABANA, sobre la importancia de las tareas de asesoramiento al presidente y la asunción de funciones netamente formales propias de administradores y cargos directivos, opina que el secretario de la Junta General y del Consejo de Administración, en los casos en los que no reúne la condición de consejero, lo que le convertiría en administrador de derecho por esa circunstancia, se trata en realidad de un administrador de hecho “*pues asume la dejación por parte del consejo de las actividades referentes a su cargo*”.

2.3.5. El consejero delegado y el apoderado:

Siguiendo la ordenada exposición realizada por NÚÑEZ CASTAÑO⁷³² en materia de delegación de funciones y apoderamiento, como señala la citada autora, resulta habitual en las grandes sociedades, esencialmente en las de capital que revisten la forma de sociedades anónimas, que para que resulte operativa su gestión, el órgano de administración, el Consejo, delegue sus funciones, de tal manera que se concentran en una o varias personas las facultades de gestión y representación de la entidad, quedando el Consejo de Administración como órgano de fiscalización y control. En relación con esta delegación de funciones, mientras que no hay duda que el órgano de administración colegiado delegante ostenta la cualidad de administrador de derecho, cabe preguntarse si tal cualidad

conservación de documentación social, así como a labores netamente certificadoras, y todo ello sin que el hecho de que pueda ser administrador de derecho de forma simultánea, por ostentar la condición de consejero, pues esta circunstancia no afecta a los comportamientos que tengan lugar bajo la estricta competencia del cargo de secretario.

⁷³¹ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., p. 16.

⁷³² NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 360 y ss. Vid. también FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos..., cit.*, pp. 105 y ss.

concorre en la del sujeto delegado, pudiendo diferenciarse así, dos situaciones concretas, a saber: una, aquella en la que el sujeto delegado forma parte del órgano de administración y, en consecuencia, no resulta problemático admitir que en dicha persona que ejerce funciones de gestión y representación de la sociedad, concurre la cualidad de administrador de derecho, al reunir los requisitos y formalidades exigidos por la Ley (supuestos de administración interna); y otra, aquella en la que esa persona a favor de la cual se ha procedido a realizar la delegación de funciones, sin embargo no forma parte del Consejo de Administración, de tal forma que no presenta las cualidades propias del administrador de derecho, siendo este el caso de apoderamiento; apoderamiento que igualmente tendría lugar siempre que el órgano de administración no fuera colegiado, al no poder delegarse en uno de sus miembros las facultades de gestión y representación.

Mientras que en el caso de la delegación de funciones a alguna o algunas de las personas que forman parte del órgano de administración, nos hallaríamos en presencia de la figura del consejero delegado⁷³³, que por ello ostenta la cualidad de administrador de derecho⁷³⁴, en el caso de la delegación de funciones de gestión y representación en persona que no forma parte de tal órgano colegiado de administración, estaríamos ante un apoderamiento expreso que, a diferencia del consejero delegado, sólo ostentará la cualidad de administrador si

⁷³³ Además de al consejero delegado, la delegación de funciones puede realizarse a la Comisión Ejecutiva, órgano de la sociedad cuyos miembros serían administradores de derecho. Sobre el consejero delegado y la Comisión Ejecutiva, vid. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil, tomo I, volumen I*, Barcelona, 1991, p.672.

⁷³⁴ MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad... cit.*, p. 112, al afirmar expresamente que el consejero delegado debe ser considerado administrador, al reunir todos los poderes delegados del Consejo de Administración. Y SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 145, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, pp. 78 y 79, que tanto los miembros de la comisión ejecutiva como los consejeros delegados, son órganos sociales que ostentan la representación de la entidad como si del Consejo de Administración se tratase, órganos que devienen facultados para la realización de los actos más importantes de la vida de la sociedad, por lo que no existe problema alguno para reconocer que se tratan de administradores de derecho.

ya la tenía antes de dicho apoderamiento, toda vez el acto de apoderamiento no conlleva el traslado de tal cualidad, pudiendo concluirse que los apoderados no son administradores de derecho. Distinto es que el apoderado pueda ser administrador de hecho y, por tanto, autor del delito societario. En este sentido, en opinión de DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA⁷³⁵, el apoderado general, esto es, aquel que posee todas las facultades precisas para llevar a cabo la función de administración, es responsable y garante de la administración de la sociedad, al margen de cuál sea el alcance de su régimen de responsabilidad de conformidad con las distintas formas de otorgarse el apoderamiento y, en consecuencia, al margen de si coincide o no con el del miembro del órgano de administración, pudiendo afirmarse que el apoderado general, estatutario o no, es administrador de hecho, y así el personal de alta dirección. Asimismo, para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁷³⁶, si bien el apoderado general no es en sentido estricto administrador de la entidad, sin embargo tiene atribuido legalmente⁷³⁷ poderes inherentes a la titularidad jurídica de la sociedad, en relación con objetivos generales de la misma, los cuales ejerce con autonomía y plena responsabilidad, limitadas por las instrucciones de la persona u órgano superior de gobierno y administración de la entidad, ostentando por tanto amplísimas competencias de administración y representación de la empresa, que habrán de ejercer con diligencia y lealmente, por lo que habrán de ser tenidos como administradores de hecho.

⁷³⁵ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, pp. 68 a 71.

⁷³⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 118.

⁷³⁷ Artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección: “*Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad*”.

En el caso de los apoderados singulares, esto es, aquellos que reciben poder para actos de administración concretos o facultades aisladas, DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA⁷³⁸ opinan que no se tratan de administradores de hecho, pues sus funciones no pueden ser equiparadas a las de ejercicio de la administración general, no siendo por tanto estos sujetos garantes de la administración social, sino sólo del buen fin del objeto concreto del acto encomendado, mientras que para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁷³⁹, habrá de estarse a los términos del apoderamiento y a su posición en el organigrama empresarial, para conocer la amplitud de su capacidad de gestión y representación, el grado de autonomía en el ejercicio de dichas facultades y su deber de lealtad.

En atención a lo dicho, el caso más paradigmático de apoderamiento en las sociedades es, pues, el del director general o director gerente. SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁷⁴⁰ hace referencia a cómo de conformidad con algunas Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁷⁴¹, y atendiendo a que la existencia de un administrador de derecho no excluye que pueda existir un administrador de hecho, no debe descartarse que, en ciertos supuestos, los altos directivos de las sociedades, entre ellos el director gerente, que no reúnan la condición de miembro del órgano de administración, se traten en realidad de administradores de hecho, vinculados a la entidad por una relación laboral especial, siempre que lleven a cabo de hecho funciones materialmente similares a las de los administradores de derecho. También DEL ROSAL BLASCO opina que los directores-gerentes pueden ser administradores de hecho, si bien en el contexto

⁷³⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, pp. 68 a 71.

⁷³⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 118.

⁷⁴⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., *Los delitos... cit.*, p. 64.

⁷⁴¹ Entre ellas, la Sentencia de 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8387).

de una situación de apoderamiento⁷⁴², en el mismo sentido que NUÑEZ CASTAÑO, para quien el director general o director-gerente no podría ser en ningún caso administrador de derecho, salvo que perteneciera a alguno de los órganos de administración, aunque sí podrían tratarse de administradores de hecho, como apoderados generales⁷⁴³.

Contrariamente, autores como GARCÍA DE ENTERRÍA⁷⁴⁴ o FARALDO CABANA⁷⁴⁵ consideran que el director general o director gerente no pueden tratarse de administradores de hecho, poniendo de manifiesto nuevamente la diversa opinión doctrinal existente. Y asimismo, PORFIRIO CARPIO⁷⁴⁶ opina

⁷⁴² DEL ROSAL BLASCO, B., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1.416, al decir que “también deben tener la consideración de administradores de hecho, a efectos penales, los directores-gerentes no estatutarios a los que por acuerdo de la Junta general o a través de apoderamiento del Consejo de administración se les faculta para actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en operaciones de tráfico”.

⁷⁴³ NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 361-362 y 370-371. También, entre otros, MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad... cit.*, pp. 112 y 113, para quien en el caso del director general, a pesar de carecer de la cualidad de administrador desde un punto de vista formal, en atención a su apoderamiento general y pleno puede afirmarse que de “facto” es quien lleva a cabo la dirección de la sociedad, a cuyo efecto cuenta con poderes debidamente delegados. Lo mismo puede aplicarse a los miembros de la comisión ejecutiva o del comité de dirección, que comparten “a priori” igual apoderamiento que el director general.

⁷⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, pp. 47 a 50. Considera el autor de referencia que los administradores son un órgano social, que cuenta con una serie de facultades y deberes, mientras que los directivos simplemente son empleados laborales sujetos en su ámbito competencial a las reglas ordinarias de la representación voluntaria. Añade el autor que “si el legislador penal hubiese realmente pretendido extender el mismo régimen sancionatorio a quienes desempeñan simples funciones gestoras dentro de la sociedad pero sin estar adscritas a su órgano de administración, no se advierte por qué motivo no lo habría hecho expresamente y sin deformar y desvirtuar de forma arbitraria una noción con un significado tan preciso como la de administrador”.

⁷⁴⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos... cit.*, pp. 108 a 111, considera que habrá de determinarse caso por caso si el apoderado general realmente ha asumido funciones de administración que le dan acceso al dominio social, en función de lo cual podría ser o no calificado como administrador de hecho y, en relación con la cuestión, opina que si bien el director es un apoderado general, su responsabilidad civil no es la propia del administrador, sino la del mandatario retribuido, respondiendo en consecuencia por culpa levísima o leve, pudiendo en el contexto penal ser considerado administrador de hecho únicamente cuando tenga acceso al dominio social sobre la vulnerabilidad del interés jurídico inmediatamente protegido.

⁷⁴⁶ PORFIRIO CARPIO, L.J., “Administradores de hecho y concurso: da mihi factum, dabo tibi ius”, en *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2011, p. 8.

que la condición de administrador de hecho no abarca a los apoderados, cuando actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, y RÍOS CORBACHO⁷⁴⁷, que el director general no tendrá la consideración de administrador de hecho en relación con las funciones de rendición de cuentas o de la presentación de los balances a la Junta General, por ser labores indelegables del Consejo de Administración.

2.3.6. El letrado asesor:

El letrado asesor tiene como función prestar asesoramiento jurídico en relación con la legalidad de los acuerdos que se adopten por el órgano de administración de la sociedad y de las deliberaciones a las que asista, entre otras funciones que puedan serle asignadas estatutariamente, de tal forma que se evite la adopción de acuerdos irregulares y se garantice el correcto funcionamiento de la entidad. Sin embargo, mientras que por unos autores⁷⁴⁸ se niega que sean administradores de derecho, por no formar parte del Consejo de Administración, ni administradores de hecho, por no ejercer de “facto” funciones de administración⁷⁴⁹, toda vez que, como acabo de indicar, su labor es meramente de asesoramiento legal, por otros⁷⁵⁰ se afirma que no es rechazable que nos hallemos, desde un punto de vista práctico, ante un supuesto de administración de hecho, en el caso de grandes sociedades anónimas en las que resulta obligada tal figura, siempre que quede en manos de este letrado asesor la dirección de la

⁷⁴⁷ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., p. 24.

⁷⁴⁸ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 94.

⁷⁴⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 75. Para estos autores el letrado asesor, como en el caso del secretario del Consejo de Administración, no tiene el dominio social típico, de tal forma que no puede ser tenido por administrador, sin perjuicio de que en la práctica pueda ocupar una situación privilegiada como inductor, cooperador necesario o cómplice.

⁷⁵⁰ MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, p. 120.

sociedad, lo que tendría lugar cuando se le asignara alguna otra función de tal naturaleza, distinta por tanto de la mera labor de asesoramiento jurídico en la toma de decisiones antes indicada.

2.3.7. El administrador judicial:

En los supuestos en los que la sociedad incurre en un procedimiento de embargo, de acuerdo con el artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se prevé la posibilidad de que se nombre, por parte de la autoridad judicial, los administradores que en lo sucesivo habrán de continuar con la administración de la entidad⁷⁵¹. De este modo, se prevé legalmente que el administrador de la

⁷⁵¹ “Artículo 630. Casos en que procede.

1. Podrá constituirse una administración judicial cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.

2. También podrá constituirse una administración judicial para la garantía del embargo de frutos y rentas, en los casos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 622”.

“Artículo 631. Constitución de la administración. Nombramiento de administrador y de interventores.

1. Para constituir la administración judicial, se citará de comparecencia ante el Secretario judicial encargado de la ejecución a las partes y, en su caso, a los administradores de las sociedades, cuando éstas no sean la parte ejecutada, así como a los socios o partícipes cuyas acciones o participaciones no se hayan embargado, a fin de que lleguen a un acuerdo o efectúen las alegaciones y prueba oportunas sobre el nombramiento de administrador, persona que deba desempeñar tal cargo, exigencia o no de caución, forma de actuación, mantenimiento o no de la administración preexistente, rendición de cuentas y retribución procedente.

A los interesados que no comparezcan injustificadamente se les tendrá por conformes con lo acordado por los comparecientes.

Si existe acuerdo, el Secretario judicial establecerá por medio de decreto los términos de la administración judicial en consonancia con el acuerdo. Para la resolución de los extremos en que no exista acuerdo o medie oposición de alguna de las partes, si pretendieren practicar prueba, se les convocará a comparecencia ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución, que resolverá, mediante auto, lo que estime procedente sobre la administración judicial. Si no se pretendiese la práctica de prueba, se pasarán las actuaciones al Tribunal para que directamente resuelva lo procedente.

2. Si se acuerda la administración judicial de una empresa o grupo de ellas, el Secretario judicial deberá nombrar un interventor designado por el titular o titulares de la empresa o empresas embargadas y si sólo se embargare la mayoría del capital social o la mayoría de los bienes o derechos pertenecientes a una empresa o adscritos a su explotación, se nombrarán dos interventores, designados, uno por los afectados mayoritarios, y otro, por los minoritarios.

sociedad pueda ser nombrado por la autoridad pública o judicial, en sustitución del existente, siempre en salvaguarda del interés general. En relación con dicha sustitución, parece que la doctrina coincide mayoritariamente a la hora de señalar que la nueva administración ostentará las mismas competencias que las que tenían los administradores cesados, estando en presencia de un supuesto de administrador de derecho⁷⁵², no obstante lo cual, no faltan autores en cuya opinión debe rechazarse que nos hallemos en presencia de posibles sujetos activos del delito societario objeto de estudio; en este sentido, MOYA

3. El nombramiento de administrador judicial será inscrito, cuando proceda, en el Registro Mercantil. También se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles”.

“Artículo 632. Contenido del cargo de administrador.

- 1. Cuando sustituya a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos, pero necesitará autorización del Secretario judicial responsable de la ejecución para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia hubiere expresamente señalado el Secretario judicial.*
- 2. De existir interventores designados por los afectados, para la enajenación o gravamen, el administrador los convocará a una comparecencia, resolviendo el Secretario judicial mediante decreto.*
- 3. Las resoluciones previstas en los dos números anteriores serán susceptibles de recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución”.*

“Artículo 633. Forma de actuación del administrador.

- 1. Acordada la administración judicial, el Secretario dará inmediata posesión al designado, requiriendo al ejecutado para que cese en la administración que hasta entonces llevara.*
 - 2. Las discrepancias que surjan sobre los actos del administrador serán resueltas por el Secretario judicial responsable de la ejecución mediante decreto, tras oír a los afectados y sin perjuicio del derecho de oponerse a la cuenta final que habrá de rendir el administrador.*
 - 3. De la cuenta final justificada que presente el administrador se dará vista a las partes y a los interventores, quienes podrán impugnarla en el plazo de cinco días, prorrogable hasta treinta atendida su complejidad.*
- De mediar oposición se resolverá tras citar a los interesados de comparecencia. El decreto que se dicte será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal”.*

La Ley de Enjuiciamiento Civil derogó el Decreto-Ley 18/1969, sobre Administración Judicial de Empresas Embargadas, de 20 de octubre, en el que ya se preveía la posibilidad de que se nombraran administradores por la autoridad judicial, en los supuestos de empresas en situación de embargo.

⁷⁵² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 82; FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 102; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 98 y 99; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 365; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 119; y SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 145, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, pp. 79 y 80.

JIMÉNEZ⁷⁵³, al concluir que el administrador judicial no puede ser considerado sujeto activo del delito y serle, por tanto, de aplicación la responsabilidad penal prevista para los administradores originarios, opinión a la que llega tras analizar la exposición de RÍOS CORBACHO⁷⁵⁴, quien opina que cuando se nombra administrador de una entidad privada a un funcionario público, para evitar la desigualdad que se derivaría de la aplicación de un Derecho penal más gravoso para el funcionario que para el administrador privado, de acuerdo con el Derecho positivo, teniendo en cuenta que ostenta el cargo por imposición judicial, habrá de aplicársele el régimen de responsabilidad del artículo 290.

2.3.8. El liquidador:

Como ya señalé en el Capítulo Segundo, desde un punto de vista mercantil, la actuación de los liquidadores tiene lugar en la fase de disolución y liquidación de las sociedades, liquidadores que, a falta de nombramiento, serán los propios administradores sociales. A los liquidadores les será de aplicación las normas previstas para los administradores, salvo aquellas que se opongan a las previsiones específicas en materia de liquidación, y deberán velar por la integridad del patrimonio social en tanto que no sea liquidado y repartido entre los socios. Finalmente, serán los encargados de la administración de las sociedades desde su nombramiento, hasta la finalización del proceso liquidatorio.

La doctrina se muestra dividida en relación a si el liquidador puede ser autor del delito societario objeto de estudio, toda vez que para un primer grupo se

⁷⁵³ MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, p. 124. El autor de referencia parece haber variado su opinión al respecto, en tanto que en una obra anterior se inclinaba por considerar al administrador de nombramiento judicial como un supuesto de administrador de derecho. Vid. MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad... cit.*, p. 117.

⁷⁵⁴ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit.”, p. 24.

trataría de una figura que encontraría encaje en el concepto de administrador de derecho o de hecho, según los autores, mientras que para otro grupo de autores, minoritario, dicha identidad no tendría lugar.

Comenzando por los primeros, la mayoría de los autores considera que estamos en presencia de un administrador de hecho, y no de derecho. Haré referencia a algunos de ellos. FARALDO CABANA⁷⁵⁵ considera igualmente que los liquidadores tienen iguales facultades de gobierno, gestión y representación de la entidad que los administradores, a los que sustituyen, si bien encaminadas a las tareas de liquidación de la sociedad. Y de este modo, durante la liquidación de la entidad, es posible que los liquidadores lleven a cabo conductas semejantes a las contenidas en los delitos societarios, como la presentación de los documentos sociales falsos relativos al estado de la liquidación. No obstante, dado que el Código Penal guarda silencio de los liquidadores en relación con los delitos societarios, *“únicamente podrían considerarse sujetos activos de los delitos societarios si se considera adecuado incluirlos en el concepto de administrador de hecho, puesto que constituyen el órgano de gestión y administración de la sociedad durante la liquidación”*. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁷⁵⁶ opina que los liquidadores ostentan las mismas facultades de administración y representación que el órgano de administración de la sociedad al que sustituyen, a pesar de que su gestión debe estar orientada hacia las operaciones liquidatorias de la misma, siendo por ello que los liquidadores podrán llevar a cabo actuaciones claramente desfavorables para la entidad que perjudiquen a la sociedad, provocando un perjuicio patrimonial, o presentar informaciones incorrectas sobre el estado de la liquidación. En opinión de la autora, se trata de un *“órgano diferente del órgano de administración y con competencias y perfiles propios”*, han de considerarse sujetos aptos para la

⁷⁵⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, pp. 99 a 101.

⁷⁵⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, pp. 119 y 120.

realización del delito, como administradores de hecho. O FERNÁNDEZ TERUELO⁷⁵⁷, para quien los liquidadores deben ser considerados como posibles sujetos activos de los delitos societarios, especialmente los previstos en los artículos 290 y 295, toda vez que el objeto de la liquidación es realizar el activo, liberar el pasivo y proceder al reparto del caudal restante entre los socios, debiendo proceder a realizar anotaciones contables, como en el caso de los administradores, de tal forma que se encuentran en condiciones para llevar a cabo las conductas contenidas en las figuras societarias, entre otras, falsear alguno de los documentos que deban reflejar la situación jurídico-económica de las sociedad durante el proceso de liquidación. Los liquidadores deben formular un inventario y un balance con relación al día de la disolución de la entidad, deben presentar a la Junta General cada año, un estado anual de las cuentas y un informe sobre la situación legal de la sociedad y de la propia liquidación, cuando la misma se prolonga más allá del tiempo previsto para la aprobación de las cuentas anuales. De igual modo, los liquidadores tienen capacidad para enajenar bienes sociales y realizar ciertas acciones que impidan un perjuicio a la sociedad. Puesto que “*los liquidadores constituyen el órgano de gestión y representación durante el periodo de liquidación*”, debe considerarse que nos hallamos en presencia de administradores de hecho y, por tanto, ante sujetos activos en los delitos societarios⁷⁵⁸.

Como he indicado, existen autores que considera que los liquidadores se configuran como administradores de derecho. Entre ellos, por ejemplo, NUÑEZ CASTAÑO⁷⁵⁹, en cuya opinión dado que durante la fase de liquidación de las

⁷⁵⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 78 y 79.

⁷⁵⁸ A favor de la consideración de los liquidadores como administradores de hecho, entre otros: FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, pp. 101; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 79; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, p. 123; o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 120.

⁷⁵⁹ NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 365 y 366. La misma, *Responsabilidad... cit.*, pp. 111 y 112.

sociedades mercantiles, cesa el órgano de administración, que es sustituido por los liquidadores, los cuales se constituyen en el nuevo órgano de administración precisamente durante el proceso de liquidación de la entidad, los mismos ostentarían, “a priori”, iguales facultades de gobierno, gestión y representación que los administradores, si bien estando sus funciones orientadas a las operaciones liquidatorias, pudiendo en consecuencia afirmarse que *“los liquidadores son los administradores del proceso de liquidación de una sociedad; y ello, porque reúnen las mismas facultades, competencias, responsabilidades y características que las establecidas para los administradores ordinarios. La única diferencia radica en que los primeros actúan durante el ejercicio ordinario de la actividad social, mientras que los segundos quedan reservados para el momento de la liquidación”*. Por tal motivo, continúa la autora de referencia, no existe razón para negar que los liquidadores son administradores de derecho de la entidad, habida cuenta de sus facultades de gestión y representación, que su nombramiento procede o está previsto legalmente, pudiendo derivarse incluso del realizado por la propia Junta General, como en el caso de los Administradores, y que deben reunir los requisitos y formalidades exigidas igualmente por la normativa mercantil, no siendo suficiente para entender su no consideración como administradores de derecho la diferente denominación que la Ley ha previsto⁷⁶⁰. También NIETO MARTÍN⁷⁶¹, opina que los liquidadores deben ser incluidos entre los administradores de derecho, pues ejercen un poder de gestión autónomo en la sociedad o limitado

⁷⁶⁰ Ibídem., p. 366 y p. 112, respectivamente.

⁷⁶¹ NIETO MARTÍN, A., *El delito...cit.*, p. 268, por ejemplo entre algunos otros autores. Igualmente parece ser la opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit., p. 2.216, al afirmar que *“Junto con los administradores legales de la sociedad, a quienes corresponde formular las cuentas anuales (art. 171 LSA), también pueden ser sujetos activos del delito aquellos a quienes de forma efectiva corresponda la dirección y administración de la sociedad. En el caso de los liquidadores, el examen de las funciones que les corresponden conforme a los arts. 272 y ss. LSA pone de manifiesto que asumen durante el período de liquidación una posición institucional equivalente a la de los administradores, y no existe obstáculo alguno para incluirlos en el ámbito del precepto”*.

únicamente por las instrucciones de los órganos superiores de gobierno, criterio material que se concreta en la competencia que ostentan determinado poder de disposición sobre los bienes de la entidad.

Finalmente, una parte también minoritaria de la doctrina entiende que los liquidadores no deben ser considerados ni como administradores de derecho ni de hecho, no pudiendo por tanto ser considerados sujetos activos de los delitos societarios, entre ellos del artículo 290 del Código Penal. Máximo exponente de este punto de vista, esencialmente mercantilista⁷⁶², se encuentra en GARCÍA DE ENTERRÍA⁷⁶³, al decir que “...sin negar la autonomía del Derecho penal para escoger y delimitar los distintos ilícitos merecedores de incriminación y para definirlos de acuerdo con sus propios criterios, parece innegable que la utilización de elementos genuinamente mercantiles en la construcción y delimitación de los distintos delitos societarios no puede hacerse en ningún caso a costa de su más absoluta distorsión y desfiguración. La misma necesidad de evitar interpretaciones extensivas que pueden trastocar el significado cabal y preciso que tiene la noción de administrador en el ordenamiento mercantil debiera impedir también la aplicación de las concretas figuras de delincuencia societaria a los liquidadores. Aunque éstos ocupen tras la disolución de la sociedad una posición funcional similar a la que corresponde a los administradores durante el periodo de vida social activa, lo que es innegable es que los liquidadores constituyen un órgano social específico dotado de una esfera propia de competencias y jurídicamente diferenciado del órgano de administración, por mucho que se sucedan en un plano temporal. La dilatación extensiva de un concepto para abarcar supuestos parecidos o equivalentes no puede hacerse, y especialmente en el terreno penal, a costa del significado

⁷⁶² RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., pp. 41 a 43; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal...* cit., p. 123.

⁷⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., pp. 50 y 51.

literal de los términos legalmente empleados”. MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO⁷⁶⁴, afirman que los liquidadores no pueden ser sujeto activo del delito: no participan de la actividad de gestión de la actividad de la entidad orientada a la obtención de un mayor lucro, de acuerdo con el objeto social de la misma, sino que su campo de actuación está restringido a acciones tendentes a la extinción de la persona jurídica; no se hace referencia expresa a los mismos en la descripción típica, lo que por el contrario sí sucede en el Derecho comparado; la veracidad de las cuentas publicadas a imagen fiel de la empresa, entendido como bien jurídico, apunta hacia una exclusión del ámbito del injusto de la actividad de los liquidadores, como consecuencia de su carácter restrictivo y de su mínima repercusión práctica que alcanza para el orden socioeconómico; su actuación está “a priori” ceñida al estado de la liquidación de cara a socios y acreedores; la doctrina mercantilista no identifica administradores y liquidadores como figuras plenamente coincidentes, sino que únicamente aprecian que se tratan de situaciones análogas, analogía cuya apreciación ha de quedar excluida del ámbito penal del Derecho.

2.4. Criterios de imputación:

El silencio que guarda el Código Penal acerca de qué supuestos concretos deben ser considerados administradores de derecho o, al menos, de hecho, o “a sensu contrario”, qué supuestos no han de ser observados como administradores en ningún caso, unido a la diversidad de opiniones de la doctrina en torno a si las figuras descritas anteriormente, entre otras, deben ser consideradas o no administradores y, en caso afirmativo, si deben serlo de derecho o de hecho,

⁷⁶⁴ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 258 y 259. Otros autores que excluyen al liquidador como posible sujeto activo de la figura prevista en el artículo 290 del Código Penal son, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid, 1997, p. 103; y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, p. 577.

pone de manifiesto la concurrencia de un alto grado de inseguridad jurídica, en tanto que la posibilidad de imputación de responsabilidad, desde esta óptica, parece que dependerá con carácter previo o primigenio, de la interpretación particular que se haga en relación con cada una de las mencionadas figuras, entre otras a los que no he llegado a hacer referencia como he señalado. En este sentido, podría plantearse que, de “lege ferenda”, se diera una precisa definición desde el punto de vista penal a las figuras de administrador de hecho y de derecho, al menos en el caso de los delitos societarios, o que se hiciera expresa referencia a los supuestos que, en todo caso, deberían ser incluidos en uno y otro caso, de la misma forma que el artículo 297 hace precisa alusión al concepto de sociedad a efectos penales en relación con estos tipos del Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, teniendo en cuenta la diversidad de opiniones doctrinales, ello no resultaría tarea fácil, y en esa labor probablemente se incurriría tanto en excesos, al incluir a figuras más que dudosas entre los posibles autores, como en defectos, al no señalar como posibles responsables a otras aparentemente más claras. Tampoco parece que resultara afortunada la inclusión automática de determinadas figuras mercantiles como administradores de hecho o de derecho, obviando la existencia o no en el caso concreto de los necesarios criterios de imputación que, en todo caso, deben concurrir. En este sentido, insisto en cómo resulta verdaderamente llamativo el distinto criterio doctrinal a la hora de decantarse por incluir o no una figura como administrador a efectos penales y, en su caso, si hacerlo como administrador de derecho o de hecho.

En relación con esta cuestión, teniendo en cuenta la falta de un criterio homogéneo a pesar de que la doctrina se ha referido de forma prolija a casos dudosos de administrador de hecho y de derecho, tratando de buscar una solución a cada uno de los supuestos concretos, considero más importante y provechoso,

como he apuntado ya varias veces, detenerse en observar cuáles son los criterios de imputación del administrador de derecho y, esencialmente, los del administrador de hecho, para ver si los mismos son suficientes para resolver la polémica doctrinal existente, pensando que, en definitiva, la autoría de la falsedad contable puede que no dependa tanto del cargo ostentado en la empresa, sino de si el sujeto está realmente o no en situación de poder llevar a cabo la citada falsedad desde la posición o condición, según los casos, del administrador de derecho.

En el supuesto, primeramente, del administrador de derecho, como también he indicado en líneas anteriores, nos hallamos en presencia de una remisión normativa al Derecho mercantil, aceptándose por la generalidad de los autores penalistas el concepto dado por parte de la doctrina mercantilista. Partiendo de esta premisa, que el concepto penal de administrador de derecho se corresponde con el concepto mercantil, directamente puede afirmarse que el criterio de imputación en el caso del administrador de derecho consistirá en comprobar si el sujeto ejerce funciones de administración en virtud de un título válido desde el punto de vista jurídico, circunstancia que dependerá de la normativa legal o estatutaria que resulte de aplicación al caso concreto, en atención a la entidad de que se trate⁷⁶⁵, y ello con independencia de que en el caso concreto concurren todos los elementos típicos descritos en el artículo 290 de Código Penal y que, por tanto, el hecho sea típico, además de antijurídico y culpable. Por consiguiente, bajo mi punto de vista, de acuerdo con la doctrina

⁷⁶⁵ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 63, para quienes, como ya he indicado en anteriores líneas, el administrador de derecho es *“aquel que ejerza las funciones de administración en virtud de título jurídicamente válido, para lo que habrá de estarse a las concretas normas legales o estatutarias de la sociedad de que se trate”*; o ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones... cit. p. 79, para quien, como igualmente ya he señalado, será administrador de derecho *“la persona física que ostenta la administración de la entidad mercantil o está incluida en su órgano de administración, porque ostenta facultades de gestión y representación de la misma, en virtud de un nombramiento que reúne todos los requisitos y formalidades exigidas por la legislación mercantil”*”.

mercantilista a la que hacía concreta referencia en el Capítulo Segundo, dichas funciones de administración, que por definición incluirán tanto las de gestión como las de representación de la entidad⁷⁶⁶, habrán de ser ejercidas en virtud del citado nombramiento legal o estatutario.

En el caso del administrador de hecho, la cuestión merece algo más de detenimiento. Si se parte del nuevo concepto mercantil amplio de administrador de derecho, contenido en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, debería admitirse, tal y como he expuesto en líneas anteriores, que también en este caso estaríamos en presencia remisión normativa al Derecho mercantil, circunstancia sobre la que todavía no se ha pronunciado la doctrina penalista, habida cuenta lo novedoso de la reforma normativa operada. Partiendo de esta premisa, que el concepto penal de administrador de hecho se corresponde con el concepto mercantil, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del administrador de derecho, no podrá directamente afirmarse que el criterio de imputación en el caso del administrador de hecho consistirá en comprobar si el sujeto ejerce funciones de administración sin título alguno desde el punto de vista jurídico o si lo hace dirigiendo a los administradores de derecho de la entidad, sino que será preciso, además, comprobar la concurrencia de otros criterios de imputación, no contenidos en la definición de administrador de hecho, al margen de que el hecho sea típico, antijurídico y culpable.

Por tanto, aunque nos hallemos en presencia de una remisión normativa del Derecho penal al mercantil, en torno al concepto de administrador de hecho, sin embargo, en este caso, la identidad del sujeto actuante con la definición mercantil de administrador de hecho, esto es, como aquel que interviene realizando funciones de administración sin justo título, o que lo hace dirigiendo a los administradores de derecho, no permite de manera automática imputarle la

⁷⁶⁶ RÍOS CORBACHO, J.M., “Los delitos... cit., pp. 23 y 24.

responsabilidad penal, sino que en el caso del artículo 290 del Código Penal, deberán concurrir otra serie de criterios de imputación: que lleve a cabo la alteración de las cuentas anuales o de los documentos jurídico-económicos de la entidad, cuya misión sea reflejar la imagen fiel de la misma; que le sea exigible el mismo deber previo y extrapenal que a los administradores de derecho; que tenga lugar el hecho típico, antijurídico y culpable tal y como viene definido en el tipo.

Ya he indicado que la mención expresa que también se hace a los administradores de hecho y de derecho en el artículo 31 del Código Penal, se refiere a un ámbito penal diferente de la mención que se hace en el caso de los delitos societarios, en tanto que en aquel precepto nos hallamos ante una previsión específica, vinculada a los delitos especiales propios, que habilita la aplicación del tipo a quien ha sido su autor, al investirle de las cualidades o características específicas que se requieren para poder ser autor del mismo, las cuales “a priori” no reúne, lo que es posible cuando dichas cualidades de autoría las tiene la persona física o jurídica a la que representa el actor material, mientras que en el caso de los delitos societarios, se refiere a las personas que resultan idóneas para cometer el ilícito penal, al reunir directamente las cualidades de autoría necesarias según el tipo. Sin embargo, como ya anuncié en su momento, este ámbito penal diferente no impide plantear si pueden trasladarse al artículo 290 del Código Penal, criterios de imputación del citado artículo 31.

En este sentido, en el artículo 31 del Código Penal se establece la responsabilidad para la persona que actúa en lugar de otro, que se coloca en igual posición con respecto al bien jurídico que el autor típico, no obstante lo cual, aún cuando el precepto habla del administrador de derecho o de hecho, representante legal o voluntario de otro, ninguna de estas categorías supone automáticamente la imputación de responsabilidad penal a quien la ostenta. Desde que fuera incluido el concepto o idea de administrador de hecho en el antiguo artículo 15 bis del

Código Penal de 1973⁷⁶⁷, aunque bajo la denominación de “*directivo u órgano de una persona jurídica*”, se ha insistido en señalar que, desde el punto de vista del Derecho penal, es preciso que el sujeto ejerza funciones de gestión o administración de la entidad de que se trate, considerándose por ello administrador de hecho “ex” el actual artículo 31⁷⁶⁸, a aquel que ostenta el dominio del hecho, manejando de “facto” la sociedad, para poder ser considerado autor, colocándose por ello en posición de garantía en relación con el bien jurídico protegido por la norma. Así por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 2007⁷⁶⁹, señala en este sentido, que “*será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo en los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figure como su administrador... Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento..., ni a la jerarquía ni al entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección... el administrador de hecho debe*

⁷⁶⁷ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre:

“Artículo 15 bis.

El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”.

⁷⁶⁸ Sobre el artículo 31 y su comparación con el antiguo artículo 15 bis, vid. por ejemplo, DEL MORAL GARCÍA, A., “Breve reflexión sobre la responsabilidad penal de los administradores”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. La responsabilidad del administrador en las sociedades* núm. 5, 3ª época, junio 97, Madrid, 1997.

⁷⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de enero de 2007 (RJ 2007\1586).

participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión”.

El principal criterio de imputación del administrador de hecho en el artículo 31 del Código Penal, será que el sujeto actuante ostente el dominio social del hecho⁷⁷⁰ y, por tanto, la capacidad de, al menos, poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, lo que dicho de otra manera significa que el sujeto debe colocarse en la misma relación jurídica con respecto al bien protegido de forma inmediata, que la que ostenta el sujeto que reúne las cualidades especiales necesarias para ser autor del delito. Junto con este principal criterio de imputación, lógicamente deben darse o concurrir otros elementos, consistentes en el hecho de actuar en representación o por cuenta de otra persona física o jurídica, que la persona por la que se actúa no pueda ser responsable penal a pesar de concurrir en la misma las cualidades especiales que el tipo exige como delito especial propio, y que tenga lugar el hecho típico, antijurídico y culpable de la misma forma que viene definido en el tipo de que se trate.

El hecho de que en el artículo 31 del Código Penal se emplee la misma expresión de “*administrador de hecho o de derecho*” que en los delitos societarios, y que lo haga con el anterior alcance, esto es, que administrador de hecho lo será el que ostente el dominio social del hecho, invita a concluir, desde la posición de los autores que consideran que el delito de falsedad contable no es un delito de infracción de deber, sino precisamente de dominio del hecho, que tanto en un caso como en el otro, se estaría empleando igual criterio de

⁷⁷⁰ Por citar algunos, vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, 1997, p. 3005; o GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 220; o también SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Fundamentos... cit.*, pp. 127 y 128, para quien el artículo 31 del Código Penal, que contempla “el actuar en lugar de otro”, facilita la imputación de responsabilidad penal a quienes se encuentran integrados en la estructura jerárquica de las personas jurídicas, en atención al criterio material de ostentar el dominio social típico, de tal forma que, junto con el administrador de derecho, se contempla la figura del administrador de hecho. Artículo 31 que, además, incluye el supuesto de “actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro”, ya persona física o jurídica.

imputación, toda vez que, como ya he señalado en líneas anteriores al analizar la figura del administrador de hecho en relación con el artículo 290, el concepto de administrador de hecho deviene precisamente limitado para la mayor parte de la doctrina por ostentar el dominio social típico por parte del sujeto actuante. De la misma forma, en el artículo 31 del Código Penal se señala que el sujeto que actúa, el cual ostenta en todo caso del dominio social típico, será responsable penal del delito, a pesar de que no reúna las características o condiciones especiales que el tipo exija, en tanto delito especial propio, lo que es lo mismo o equivalente a decir que el sujeto se coloca en la misma posición que quien sí reúne tales condiciones especiales. Pues bien, en el supuesto del artículo 290, el administrador de hecho precisamente lo que hace es colocarse en la misma posición que el administrador de derecho, en relación con el bien jurídico protegido, como garante del mismo, por lo que de alguna manera puede encontrarse una análoga situación entre ambos preceptos, si se comparte la opinión de estarse en presencia del un delito de dominio del hecho. En definitiva, para la mayoría de la doctrina, que considera que el artículo 290 contiene un delito de dominio del hecho, no habría problemas, “a priori”, en mantener que, al igual que en el caso del artículo 31 del Código Penal, se produce igualmente un traslado al administrador de hecho de las cualidades necesarias para poder ser autor del delito de falsedad contable, delito especial propio, ostentando el dominio social del hecho y la posición de garante señalada.

En el mismo sentido de esta línea argumental, BAJO FERNÁNDEZ Y BACIGALUPO ZAPATER ponen de manifiesto que *“En los distintos proyectos, desde 1980, se utilizaron las expresiones <<administradores o directores>>, al estilo del art. 15 bis del viejo Código. La referencia, a partir de 1992, a los administradores de hecho o de derecho (art. 31 Código penal de 1995 hoy vigente), es índice de que en los delitos societarios debemos utilizar un criterio similar al de la actuación en nombre de otro. En el art. 31 del nuevo Código que regula la actuación en nombre de otro, quiere el legislador que, cuando las*

conductas se cometan por personas jurídicas, responda «el que actúa» y que, a la vez, sea «administrador de hecho o de derecho», aunque no concurren en él las condiciones para ser sujeto activo del delito. Pues bien, se ha dicho que el fundamento de esta determinación legal se encuentra en el principio de equivalencia en el sentido de que su conducta, pese a no ser sujeto cualificado, es equivalente a la del sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo de injusto. Lo que produce tal equivalencia es el ejercicio del dominio social típico, en el sentido del dominio sobre la estructura social en la que el bien jurídico se protege especialmente, asumiendo posición de garantía frente al propio bien jurídico. Esto implica que se trata de sujetos que en virtud de sus competencias dominan el ámbito de protección de la norma. Debemos trasladar esta idea a la interpretación del sujeto activo en los delitos societarios y entender que por administrador de hecho se está refiriendo el legislador a aquel miembro de la entidad que tiene el dominio social y, por tanto, se convierte en garante del bien jurídico protegido por la norma. Para definir al administrador de hecho no interesa tanto la perfección o no de la relación interna entre éste y la sociedad, como la relación externa del agente con el bien jurídico, del que se encuentra en una esfera de dominio que le convierte en garante”⁷⁷¹.

Puede por tanto concluirse, que si se parte de la consideración de que el delito de falsedad contable lo es de dominio del hecho, serán trasladables al mismo los anteriores criterios de imputación en relación con el administrador de hecho, esto es, tanto la necesidad de que el sujeto tenga el dominio social típico y se convierta en garante del bien jurídico protegido, como que en ambos casos se produzca efectivamente el traslado de las cualidades necesarias para poder ser autor del delito, en ambos casos especial propio, lo que no obsta que existan diferencias entre un precepto y otro, precisamente porque, como he señalado de forma reiterada, su ámbito de penal de aplicación es diferente. Sin embargo, si se

⁷⁷¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO ZAPATER, E., *Los delitos...* cit., p. 637.

considera que la figura del artículo 290 no se trata de un delito de dominio del hecho, sino de infracción de deber, como es mi opinión, la conclusión a la que se llega es la contraria, dado que en el caso del delito societario el principal criterio de imputación no es ostentar el dominio social típico, como sí ocurre en el caso del artículo 31, sino que el mismo consiste en un deber previo y extrapenal, el cual es inobservado, por lo que los criterios de imputación desde esta óptica, no son los mismos en uno y otro caso y, por tanto, no son trasladables del artículo 31 al 290 del Código Penal.

Dicho lo anterior, al principio del presente apartado señalé que, de cara a la decisión sobre cuáles de los supuestos dudosos de administrador de derecho o de hecho deben ser considerados como tales, al menos a los efectos del artículo 290 del Código Penal y, por tanto, como posibles autores del delito, debería estarse, en todo caso, a la concurrencia o no de los criterios de imputación, pues, en definitiva, la autoría de la falsedad contable no dependerá tanto del cargo ostentado en la empresa, sino de si el sujeto está o no en situación de poder llevar a cabo la citada falsedad desde la posición o condición, según los casos, del administrador de derecho.

Con respecto a este planteamiento, teniendo en cuenta, en primer lugar, los criterios de imputación enunciados del administrador de derecho, esto es, el nombramiento formal de acuerdo con la normativa mercantil y estatutaria aplicable en cada caso, junto con la realización del hecho típico, antijurídico y culpable, debe concluirse que los mismos no son suficientes por sí solos de cara a resolver si las figuras mercantiles sobre las que por la doctrina se discute si son encuadrables o no en el concepto de administrador de derecho, efectivamente deben quedar así encuadradas, ya que depende precisamente de si se considera o no administrador formal, propiamente dicho, la figura concreta de que se trate, estando la cuestión avocada al debate en tanto que ni la normativa mercantil señala expresamente cuáles son los supuestos que deben quedar encuadrados en

el concepto de administrador de derecho, ni el Código Penal previene definición alguna de administrador de derecho que sirva para delimitar cada uno de los supuestos, sino que, como reiteradamente he indicado, se remite directamente al concepto mercantil, igual de vago e impreciso en este sentido.

Contrariamente, opino que en el caso de las figuras mercantiles en relación a las cuales se discute si pueden ser encuadrables en el concepto de administrador de hecho, la cuestión puede resolverse atendiendo a la concurrencia o no en cada caso, de los criterios de imputación señalados, esto es, ejercer funciones de administración sin título alguno desde el punto de vista jurídico o dirigir a los administradores de derecho de la entidad, alterar las cuentas anuales o los documentos jurídico-económicos de la entidad cuya misión sea reflejar la imagen fiel de la misma, infringir el deber previo y extrapenal que les es exigible como a los administradores de derecho, y realizar el hecho típico, antijurídico y culpable tal y como viene definido en el tipo. En este sentido, la concurrencia de todos estos requisitos de imputación hace indiferente la figura mercantil concreta que ostente el autor de la falsedad que, salvo que por razón de la misma sea considerado administrador de derecho, no habrá dificultad en ser alcanzado por el concepto penal de administrador de hecho.

3. SUJETOS PASIVOS.

El sujeto pasivo es el titular del interés inmediatamente protegido o puesto en riesgo por el delito⁷⁷². Es por ello que, de cara a identificar a los sujetos pasivos del delito, debe prestarse atención al bien jurídico protegido, que en el caso del artículo 290 del Código Penal es la funcionalidad de los documentos objeto de alteración. De este modo, opino que los sujetos pasivos en este delito

⁷⁷² MIR PUIG, S., *Derecho...* cit., p. 230.

societario serán, de una parte, todos los posibles destinatarios de la información contenida en los documentos falseados, por tanto, la sociedad, los socios y los terceros que puedan relacionarse con la entidad, de tal forma que estos sujetos coinciden con los señalados en el artículo 290 como, en su caso, posibles perjudicados económicamente, como consecuencia de la falsedad realizada por el administrador de derecho o de hecho. Debe tenerse en cuenta que, a pesar de tratarse el artículo 290 de un delito contra el orden socioeconómico, por cuanto se produce la afectación del normal funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado y, por tanto, del sistema económico del país, ello no excluye la posibilidad de señalar igualmente a la propia sociedad, los socios o terceros que se han visto automáticamente afectados por la falsedad documental acaecida, como sujetos pasivos, en tanto que forman parte de esa comunidad y ese Estado.

En relación con este planteamiento, me muestro muy cercano a la opinión de MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO⁷⁷³, quienes señalan precisamente como sujetos pasivos del delito a *“la comunidad, o si se quiere el Estado, en tanto que el valor constituido por la necesidad de que la información societaria que ha de depositarse en Registros Públicos, a disposición de todos, y publicada a través de los medios pertinentes, así como la obrante en otros documentos que reflejen la situación de la empresa, se corresponda verazmente con la realidad jurídica y económica de la entidad de que se trate”*. Asimismo, añaden que *“la entidad cuyos datos se haya falseado, sus socios, sus acreedores, trabajadores y terceros relacionados (entre ellos, los Organismos Públicos de recaudación), tendrán el carácter de sujetos pasivos de la acción y, en su caso, perjudicados, constituyéndose todos ellos, y cualquiera de ellos, en la persona agraviadas a la*

⁷⁷³ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 259.

que se refiere el art. 296 CP y que se halla legitimada para interponer la denuncia que el mismo regula”⁷⁷⁴.

Dicho lo anterior, lo cierto es que para la inmensa mayoría de la doctrina, los sujetos pasivos son la sociedad, los socios y los terceros⁷⁷⁵, normalmente como consecuencia directa de la consideración del patrimonio como bien

⁷⁷⁴ Ibídem, pp. 259 y 260.

PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 158 y ss., en correspondencia con la concepción del delito societario como pluriofensivo, aproximándose a lo expuesto, ha hecho referencia a la existencia de diferentes sujetos pasivos, en atención al bien jurídico patrimonio y al bien jurídico distinto de aquél, el carácter veraz e íntegro de la información social en el caso del autor de referencia, llegando a la conclusión de que “*si el bien jurídico colectivo es autónomo respecto del patrimonio, el conjunto de interesados en el carácter veraz e íntegro de la información social será independiente de los titulares del patrimonio, es decir, socios, sociedad y terceros*”, afirmando finalmente en relación con el bien jurídico supraindividual que el sujeto pasivo será “*el grupo de sujetos... al cual se pueda atribuir, en función de su situación objetiva en el mercado o en la vida económica, o por su situación jurídica, dicho interés*”.

También FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 45, hace una aproximación a la comunidad y el Estado como sujeto pasivo, al afirmar que “*debe tenerse en cuenta que no sólo los socios, sino también los acreedores y el público en general, así como los trabajadores y el propio Estado, tienen un interés jurídicamente defendible en recibir una correcta información acerca de la situación jurídica y económica de la sociedad, con el fin de no ser inducidos a tomar decisiones perjudiciales para su patrimonio*”.

⁷⁷⁵ Entre otros, ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos cit.”, p. 75; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 44; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 193; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal... cit.*, p. 133; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 372; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los delitos... cit.”, p. 104; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 155, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 85.

En relación con la sociedad, habrá de estarse al concepto contenido en el artículo 297 del Código Penal, si bien, como señalan SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 156 (vid. también SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 85), la previsión de tal precepto no evita que haya de acudir al Derecho mercantil “*para delimitar los contornos de los ilícitos tipificados*”. E igualmente, habrá de estarse al propio artículo 290, en cuanto se refiere tanto a las sociedades constituidas, como en formación. Por su parte, en relación con los socios, habrá de tenerse en cuenta el sentido amplio del término, precisamente como consecuencia del concepto amplio de sociedad a efectos penales, que incluye a entidades mercantiles que no son estrictamente sociedades personalistas o de capital; también en este sentido SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 164 (y de nuevo SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 91). Y finalmente, en cuanto a los terceros, como ya he señalado, habrá de estarse a la posibilidad de que cualquiera sea sujeto pasivo del delito, ya persona física o jurídica, ya pública o privada, ya acreedor o posible inversor, entre otras posibles situaciones, como parte integrante de la comunidad o el Estado.

jurídico protegido⁷⁷⁶. A pesar de ello existen algunas opiniones aisladas en la doctrina que difieren de la opinión mayoritaria⁷⁷⁷.

4. LA CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL.

Aunque pueda resultar asistemático hacer referencia en este momento a la condición de procedibilidad contenida en el artículo 296 del Código Penal, siendo, junto con el concepto penal de sociedad contenido en el artículo 297, una disposición común al conjunto de los delitos societarios, sin embargo, en atención a lo que a continuación indicaré, he considerado que ello debía tener lugar, en relación con el estudio del artículo 290 del Código Penal, una vez hecha la oportuna referencia a los posibles sujetos pasivos del delito.

En atención al contenido del artículo 296⁷⁷⁸, puede afirmarse que, en el caso de los delitos societarios en general y, en consecuencia, en el de falsedad en los documentos societarios en particular, que nos hallamos en presencia de

⁷⁷⁶ Así por ejemplo FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 44, al señalar que la sociedad, los socios y los terceros, son en definitiva “los titulares de los patrimonios que son puestos en peligro abstracto o lesionados por la acción típica”.

⁷⁷⁷ Por citar a algún autor, MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 30, quien excluyendo a los terceros, afirma que “el sujeto pasivo de este delito puede ser tanto la sociedad como todos o algunos de los socios. La introducción de otros sujetos pasivos, como los cuentapartícipes o depositarios, desvirtúa este delito”.

⁷⁷⁸ Código Penal:

“Artículo 296:

1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.
2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.

Sobre el precitado artículo, vid., entre otros, FARALDO CABANA, P., “Rasgos... cit., pp. 49 a 58.

delitos semipúblicos⁷⁷⁹, al requerirse, según su apartado primero, la denuncia previa de la persona agraviada, o de su representante legal, aunque la misma podrá ser interpuesta por el Ministerio Fiscal cuando los agraviados resulten menores de edad, incapaces o personas desvalidas⁷⁸⁰; y en el segundo apartado, al señalarse que no será necesaria esa denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas⁷⁸¹.

Esta dualidad presenta directa correspondencia con los distintos sujetos pasivos enunciados en relación con el delito contenido en el artículo 290, de tal suerte que en el caso del apartado primero del artículo 296, por “*persona agraviada*” habrá de tenerse a la sociedad, los socios o los terceros que se hayan visto afectados de forma concreta por el delito de falsedad en las cuentas o el resto de documentos sociales objeto material del delito, los cuales deberán

⁷⁷⁹ Como señalan MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 226, ese carácter de delitos semipúblicos se aprecia en que se tratan de delitos en los que, “*presentada la denuncia y, consecuentemente, subsanado el óbice de procedibilidad, el proceso continúa conforme a las reglas generales, como si de un delito público se tratara, sin que la renuncia del denunciante impida que el proceso continúe bajo el impulso del Ministerio Fiscal*”. En el mismo sentido, afirman DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 79, o DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 132, que el hecho de que sólo se exija denuncia y no querrela, permite la continuación de la acción penal aún produciéndose el desistimiento o el perdón del denunciante.

Por buena parte de la doctrina penalista ha sido criticada la regulación de los delitos societarios como semipúblicos, o como semiprivados, cuando se produce la comparación con otras figuras delictivas como la falsedad documental, la estafa o la apropiación indebida, delitos éstos catalogados como públicos, si se tiene en cuenta la trascendencia de los delitos societarios en relación con el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado, y el papel que ocupan las empresas en relación con el sistema económico del país. Vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos... cit.”, p. 264; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 130; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Delitos societarios”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 508; o TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., “Los delitos... cit.”, p. 270.

⁷⁸⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit.”, p. 2.277.

⁷⁸¹ Lo cierto es que este segundo apartado hace a estos delitos perseguibles de oficio, por tanto públicos. En este sentido de también MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 227.

formular denuncia⁷⁸², mientras que en el caso del segundo apartado, el mismo viene referido al sujeto pasivo comunidad o Estado, desde la perspectiva de hallarnos en ante un delito atentatorio contra el orden socioeconómico, supuesto en el que no será precisa la interposición de denuncia para la persecución del delito, sino que será perseguible de oficio⁷⁸³.

En este sentido, en relación con este segundo apartado, esto es, de una parte, en el caso de los “*intereses generales*” a los que se alude en el precepto, se entiende por parte de la doctrina que el mismo vendría referido a los supuestos en los que el delito lesiona o pone en peligro un interés jurídico inmediato de carácter colectivo, y de otra parte, en el caso de la “*pluralidad de personas*” a las que también se refiere el artículo 296.2, que hace alusión a una

⁷⁸² En relación con la “*persona agraviada*”, algunos autores opinan que además de referirse a los sujetos pasivos, igualmente alcanzaría a los perjudicados civiles que, en consecuencia, estarían legitimados para el ejercicio de las correspondientes acciones frente a los responsables del delito. Así DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, p. 134, o MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 226.

⁷⁸³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit.”, p. 2.278, señala, de una parte, que la concreción de la persona agraviada no presenta problemas cuando se trata de personas que han padecido un perjuicio patrimonial como consecuencia de la falsedad llevada a cabo, pero de otra, que puesto que el perjuicio patrimonial no es un elemento característico en todos los delitos societarios, y que en otras ocasiones ese perjuicio lo será frente a la sociedad y sólo de forma indirecta frente a otros, lo que parece oportuno es identificar “agraviado” con el titular del bien jurídico, es decir, con el sujeto pasivo del delito de que se trate. Añade el autor de referencia en relación con el segundo apartado del artículo 296, que aunque se ha llegado a afirmar que la afección a intereses generales está vinculada a la protección de un bien jurídico de naturaleza supraindividual, así por ejemplo en el caso del artículo 290, sin embargo opina más acertado entender que se trata de una previsión de la norma relacionada con la mayor gravedad del delito, en tanto mediante el mismo se amenaza con dañar el adecuado funcionamiento del mercado o, cuando menos, la confianza en el correcto funcionamiento del mismo. Asimismo, afirma que la referencia a los “*intereses generales*” y la “*pluralidad de personas*”, habrá de interpretarse como “*la existencia de una pluralidad indeterminada de personas afectadas y ajenas al círculo de las directamente agraviadas*”. En relación con este último aspecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2010\103038), por poner algún ejemplo, señala que “*no concurren en el caso presente las excepciones a dicha obligación de formular denuncia, contempladas en el último inciso del nº 1 artículo 296, ni las del nº 2 de este artículo, sin que el hecho de que sean cuatro personas las que integran esta Acusación Particular cumpla el supuesto de excepción de una <<pluralidad de personas>>*”.

multiplicidad de personas, no debiendo interpretarse con carácter restrictivo⁷⁸⁴. Sin embargo, comparte una importante mayoría de autores que esta previsión del artículo 296.2 del Código Penal, será de aplicación solamente en el caso del artículo 294, dado que se trata del único delito societario en el que nos hallemos ante un bien jurídico protegido supraindividual⁷⁸⁵, posición mayoritaria de la doctrina de la que discrepo, en atención a la naturaleza que en mi opinión presenta el delito de falsedad del artículo 290, atentatorio contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio individual⁷⁸⁶.

5. OBJETO MATERIAL.

El objeto material del artículo 290 del Código Penal, ha sido uno de los elementos de este tipo que mayor polémica ha suscitado. Su análisis requiere acudir al Ordenamiento Jurídico mercantil para comprobar qué es lo que configuran las “*cuentas anuales*” y esos “*otros documentos*” que deban reflejar

⁷⁸⁴ Por citar algunos autores, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 79, o LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit.”, p. 2.278. MUÑOZ CONDE, F., “Delitos societarios”, en Gómez-Colomer y González Cussac, (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana, 1997, p. 141, en relación con la “*pluralidad de personas*” a las que se refiere el precepto, opina que debería admitirse igualmente en el supuesto de una persona jurídica perjudicada, cuando la misma aglutinase a un importante número de personas físicas. Vid. en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2010\103038), que acabo de citar.

⁷⁸⁵ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 80; o ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos cit.”, p. 200.

⁷⁸⁶ En relación con la posible aplicación también del artículo 296.2 al supuesto del artículo 290, se muestran no obstante a favor algunos autores, tales como FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 146, al considerar que el delito se orienta hacia la protección de un interés general como la funcionalidad del documento; o PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 178 y 179, al señalar también como de interés general la exigencia del carácter veraz e íntegro de la información social que se contiene en los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsedad. También, entre otros, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los delitos... cit.”, p. 95, señala que en el artículo 290 se protegen intereses generales.

el estado fiel de la sociedad, como elementos normativos⁷⁸⁷, tal y como desarrollaré en las siguientes páginas. Teniendo esto presente, puede afirmarse como punto de arranque que *“las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”*, constituyen el objeto material del delito, según la propia literalidad del artículo 290.

5.1. *“Las cuentas anuales”*:

Las cuentas anuales, como he indicado en el Capítulo Segundo, desde un punto de vista del Derecho mercantil, son uno de los documentos jurídico-económicos o contables esenciales de las sociedades, que comprende el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de patrimonio neto del ejercicio, el estado de los flujos de efectivo y la memoria, documentos todos ellos que forman una unidad y que muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. En este sentido, no hay duda de que las cuentas anuales en general y los documentos en particular que las componen, tienen como finalidad esencial dar a conocer a socios y a terceros la situación económica y jurídica por la que atraviesa la entidad, esto es, sirven para recoger de manera fiel y pública, en atención a su obligado acceso al Registro Mercantil⁷⁸⁸, el estado contable y legal de las entidades mercantiles, debiendo

⁷⁸⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 429.

⁷⁸⁸ Reglamento del Registro Mercantil:

“Artículo 365. Obligaciones de presentación de cuentas anuales.

1. Los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio, dentro del mes siguiente a su aprobación.

2. Igual obligación incumbe a los liquidadores respecto del estado anual de cuentas de la liquidación.

tenerse en cuenta en este sentido, los deberes de veracidad y transparencia que incumben a los agentes económicos y financieros en una libre economía de mercado⁷⁸⁹. Idoneidad para recoger de manera fiel y pública el estado jurídico-económico de la entidad que, como se analizará posteriormente, son las funciones que debe cumplir todo documento para poder ser considerado objeto material del artículo 290 del Código Penal.

Que en el artículo 290 del mencionado Código se citen las cuentas anuales, en mi opinión se debe, en primer término, al hecho de que el legislador, a la hora de describir la figura delictiva, con toda probabilidad pensaba en los posibles comportamientos especialmente lesivos de intereses jurídicos merecedores de protección penal, en el ámbito de las sociedades mercantiles en general, pero en el de las sociedades anónimas en particular, dada la importancia

3. Los demás empresarios inscritos podrán solicitar, con arreglo a las disposiciones del presente Reglamento, el depósito de sus cuentas debidamente formuladas”.

Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 279 Depósito de las cuentas.

- 1. Dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría.*
- 2. Si alguno o varios de los documentos que integran las cuentas anuales se hubieran formulado en forma abreviada, se hará constar así en la certificación, con expresión de la causa”.*

⁷⁸⁹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 696\2012), de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340) o de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573); Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 7 de mayo de 2015 (JUR 2015\137357); Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489); Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098); Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de junio de 2012 (ARP 2012\750); Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de diciembre de 2011 (ARP 2012\68); Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191); Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181); Auto de la Audiencia Provincial de Girona, de 23 de julio de 2007 (ARP 2007\709); entre muchas otras resoluciones.

de estas empresas en el marco de la economía de mercado⁷⁹⁰, y ello a pesar de que el número de sociedades anónimas sea notablemente inferior al de sociedades de responsabilidad limitada, siendo ambas, en cualquier caso, sociedades de capital, principales agentes de la señalada economía; dicho de otra forma, opino que la cita expresa de las cuentas anuales, posiblemente tenga origen, al igual que ocurre en otros preceptos del Capítulo, en la estructura y funcionamiento de las sociedades anónimas, aun cuando el ámbito de aplicación de estos tipos no se limite a esa modalidad societaria. Y en segundo lugar, porque el principal documento, por no decir el único, que refleja con manifiesta claridad y globalidad el estado legal y la contabilidad de estas sociedades, además con una periodicidad cierta, son las cuentas anuales que, como he indicado, incluyen el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de patrimonio neto del ejercicio, el estado de los flujos de efectivo y la memoria⁷⁹¹.

En relación con lo anterior y, en tercer y último lugar, la cita que el legislador hace de las cuentas anuales, sirve para poner de manifiesto la función que debe cumplir el documento en relación con la figura contenida en el artículo 290 del Código Penal, que se concreta en el hecho de tener por función reflejar

⁷⁹⁰ Sobre este particular, resulta muy significativo cómo numerosas Sentencias aluden directamente a las sociedades anónimas al exponer, entre otros aspectos, el objeto material sobre el que recae la acción descrita en el artículo 290. Así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274), al analizar el objeto material, hace directa referencia a que “*el falseamiento puede serlo de las «cuentas anuales» o de «otros documentos» expresión que permite entender, con referencia a la Ley de Sociedades Anónimas que, según el art. 172, «las cuentas anuales» comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la Memoria...*”. También entre otras, recurren a la Ley de Sociedades Anónimas al referirse a las cuentas anuales como objeto material del delito, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 696\2012), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098) o la de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181).

⁷⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 57, destaca la especial importancia que se deriva del falseamiento de cada uno de los elementos que componen las cuentas anuales, haciendo especial hincapié en el balance, por cuanto se trata del elemento esencial y central de la contabilidad de las entidades mercantiles, en tanto es el que refleja el estado y composición del patrimonio social. Precisamente –continúa el autor–, sobre el balance se producen el mayor número de irregularidades, habida cuenta de su trascendencia en el devenir de la entidad y la necesidad de servirse del mismo para la materialización de un gran número de operaciones societarias.

de manera fidedigna y notoria el estado que presenta la economía de la entidad, así como su situación jurídica. En este sentido, por razones de coherencia sistemática del propio precepto⁷⁹², si se tiene en cuenta la comparación que se realiza de las cuentas anuales con los otros posibles documentos, habida cuenta de la relación de yuxtaposición que hace el legislador⁷⁹³, aquéllas sirven como criterio de interpretación restrictivo, definidor o delimitador por tanto de cómo deberían ser los otros documentos que conformen el objeto material de este delito; de este modo, como paradigma del objeto material en el artículo 290, la mención que se hace de las cuentas anuales en el precepto, sirve para delimitar qué otros documentos podrán ser igualmente objeto material del delito, de tal forma que al producirse la falsedad sobre los mismos, se pongan en peligro los intereses de la propia entidad, los socios y/o los terceros. Como diré más adelante, sólo aquellos documentos cuya función sea, como en el caso de las cuentas anuales, reflejar de manera global y pública el devenir económico y jurídico de la persona jurídica, esto es, contener completa información sobre la situación de la sociedad y darla a conocer, podrán ser entendidos como objeto material en el delito societario objeto de estudio, de tal forma que aquellos otros que no reúnan los citados requisitos, podrán conformar, en su caso, el objeto material de otras figuras, como el de la falsedad en documento mercantil prevista en el artículo 392 del Código Penal, siempre que se trate de una de las tres primeras modalidades del artículo 390.1, pero no el de la falsedad contable.

⁷⁹² En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 27.

⁷⁹³ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 310 y ss., expone cómo el legislador ha optado por yuxtaponer dos términos típicos de carácter normativo de muy diferentes características, “*cuentas anuales*” y “*otros documentos*”, que deben integrarse a partir de la normativa mercantil y que mientras en el caso de las cuentas anuales resultan perfectamente definidas por esa parte del Ordenamiento, sin embargo no puede decirse lo mismo del resto de documentos, no significándose específicamente cuáles sirven para reflejar la situación jurídico-económica de las sociedades, sino que debe producirse una labor de localización de los mismos, partiendo en todo caso de la relación que exista o pueda observarse entre las “*cuentas anuales*” y los “*otros documentos*”.

De este modo, al concebir la referencia legal a las cuentas anuales como el establecimiento de un criterio interpretativo restrictivo de los documentos que pueden configurar el objeto material de la falsedad contable, se da respuesta a la cuestión planteada por la doctrina, consistente en dilucidar si los “*documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad*” distintos de “*las cuentas anuales*”, han de referirse, como en el caso de éstas, a una situación global o general, o por el contrario resulta suficiente que pongan de relieve de forma parcial tal situación jurídica o contable, controversia que, en mi opinión, reitero que debe resolverse a favor de una interpretación estricta⁷⁹⁴. Y en este

⁷⁹⁴ A favor de esta interpretación restrictiva se ha mostrado una parte minoritaria de la doctrina. Así por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *La responsabilidad...* cit., p. 27, con quien comparto opinión cuando, en referencia a la discusión doctrinal acerca de si los documentos distintos de las cuentas anuales, que han de servir para reflejar la situación económica o jurídica de la sociedad, deben ser exclusivamente aquellos capaces de reflejar tal estado de forma global, o si por el contrario también deben tener cabida en la expresión “*otros documentos*”, aquellos que de forma parcial ponen de relieve la situación contable o legal de la entidad. La citada autora opina que por razón de coherencia sistemática con el otro término que sirve de comparación en el artículo, “*las cuentas anuales*”, se impone en relación con los “*otros documentos*” una interpretación restrictiva, debiendo limitarse el objeto material a aquellos delitos capaces de reflejar la situación de que se trate con carácter global.

De la misma forma, considero que acierta MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 40, cuando afirma que, “*teniendo en cuenta que las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa según los arts. 34.2 del Código de Comercio y 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, debiendo comprender el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, y que el precepto penal, alude de forma alternativa a otros documentos que deban reflejar la situación económica o Jurídica, ha de entenderse que no cualquier documento en el que aparezcan datos específicos de las mencionadas situaciones constituye objeto material del delito, sino sólo aquellos que al igual que las cuentas anuales plasmen el estado jurídico-económico global de la sociedad, –por ejemplo el informe de gestión que según el art. 202 de la LSA ha de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad- lo que desde luego no ocurre con los datos de facturación, que de por sí solo recogen una información parcial que desde luego no permite reflejar la situación económica de la entidad, sin perjuicio de que sirva para configurar la misma, por lo que la documentación en que se materializa no es idónea para poder ser objeto material del delito societario*”.

Esta interpretación estricta sin embargo no debe confundirse con aquella consistente en afirmar que sólo las cuentas anuales podrán ser el objeto material del delito, refiriéndose la expresión del artículo 290 del Código Penal “*otros documentos*”, a cada uno de los que componen las componen, esto es, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de patrimonio neto del ejercicio, el estado de los flujos de efectivo y la memoria.

No puedo estar por tanto de acuerdo con aquellos autores como, por citar a alguno, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos...” cit., p. 52, cuando mantienen que “*aunque el art. 290 se refiere, de forma disyuntiva, a cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica, en realidad sobra con la referencia a las cuentas anuales, ya que*

sentido, opino que cuando se predica que los documentos deben reflejar de manera fiel el estado económico o jurídico de la entidad, lo que se está queriendo decir es que tales documentos habrán de ser capaces de reflejar y dar a conocer la situación económica o jurídica real de la entidad, lo que sólo es posible cuando se conoce el estado global de la misma, cuando los documentos poseen dicha función.

En relación con ello, ya me he referido en anteriores líneas tanto a las funciones perpetuadora, probatoria y garantizadora de los documentos, como a la necesidad de que la falsedad deba afectar a alguno de los elementos esenciales de los mismos, que en los documentos públicos serán las declaraciones de las partes (no su contenido), la fecha en la que dichas declaraciones fueron efectuadas y la persona a la que se le atribuyen y responde de las mismas, en los documentos privados, las declaraciones de las partes expresadas en los mismos (no su contenido) y la identidad de la persona que las asume mediante su firma o cualquier otra forma que le permita identificarse⁷⁹⁵; falsedad que al recaer sobre alguno de tales elementos esenciales, dañará alguna de sus funciones⁷⁹⁶, las cuales sin embargo, deben ser objeto de protección, habida cuenta de la importancia que ostentan los documentos como instrumentos jurídicos

*implica que las cuentas de pérdidas y ganancias, el balance y la memoria, documentos todos que forman una unidad (art. 171.1 y 2 de la Ley 19/1989 y 172.1 y 2 del texto refundido), y ha de redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad". Y ello porque, como pone de manifiesto FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 154, precisamente en referencia al anterior autor, la mención que el precepto hace de las cuentas anuales no puede entenderse como suficiente, en tanto que existen muchos documentos cuya función es, de la misma forma, poner en público conocimiento la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera, y de los resultados de la entidad.*

⁷⁹⁵ Vid. cita núm. 273.

⁷⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 685.

autónomos, en atención a la confianza del público en su uso como medio eficaz en el que puede quedar contenida cualquier relación o negocio jurídico⁷⁹⁷.

De acuerdo con lo anterior y con la funcionalidad de los documentos como bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, lo relevante será la razón de ser y utilidad del documento en cada caso concreto, es decir, que al margen de las funciones generales señaladas de los documentos y del ataque que se produce a sus elementos esenciales, lo cierto es que cada documento en particular tiene un sentido y alcance singular, según las personas que lo suscriben, las manifestaciones que contienen y las responsabilidades que en atención al mismo se establecen, circunstancias que no son ajenas al interés comprometido por el hecho delictivo en cada caso, pudiendo afirmarse que la función dañada en cada caso, dependerá de los intereses afectados y abarcados por el documento sobre el que se lleva a cabo la falsedad. De este modo, en el supuesto de la falsedad contable, la concreción hacia los intereses específicos que subyacen de la funcionalidad de los documentos a los que alude el artículo 290, abarca únicamente los documentos cuya misión es dar a conocer a los socios, acreedores y terceros, la situación jurídico-económica de la sociedad, de tal forma que la falsedad que afecte de forma negativa a esta labor de información será punible, siempre que resulte idónea para perjudicar los patrimonios de los destinatarios de la citada información⁷⁹⁸. Por tanto, reitero mi opinión acerca de que el bien jurídico objeto de protección inmediata en la funcionalidad del documento, es útil para delimitar el ámbito de aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación, junto con el elemento de la idoneidad para causar un perjuicio económico, conduce a afirmar que sólo aquellos documentos cuya función sea dar a conocer de forma global la situación jurídico-

⁷⁹⁷ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 133, y *Falsedades documentales... cit.*, p. 43.

⁷⁹⁸ FARALDO CABANA, P., *El delito...*, p. 39. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543).

económica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito del precepto objeto de estudio.

Por consiguiente, los documentos mercantiles a los que se refiere el artículo 290 del Código Penal, deben presentar la cualidad de servir para acreditar, de acuerdo a una de las funciones de todo documento, cuál es el estado general económico y la situación legal de la entidad, de tal forma que faltar a la verdad sobre tales estado y situación, supone dañar esa función o papel que ha de tener el documento, poniéndose con ello en peligro los intereses de la propia entidad, sus socios o los terceros que puedan entrar en relación con la misma, posibles perjudicados, siendo relevante para el Derecho penal en tanto que ello atentaría contra las bases de la economía de mercado, uno de los pilares sobre los que se asienta el desarrollo del Estado y el bienestar de sus ciudadanos⁷⁹⁹.

Siendo esto así, por tanto, no estoy de acuerdo con la opinión de algunos autores⁸⁰⁰ y de parte de la jurisprudencia⁸⁰¹, que consideran que la mención expresa que se hace en el artículo 290 de las cuentas anuales como objeto

⁷⁹⁹ Como ya he indicado en anteriores líneas, nos encontramos en presencia de un delito de naturaleza socioeconómica, de protección de intereses colectivos y cuyo bien jurídico es, precisamente, la funcionalidad o funciones de los documentos.

⁸⁰⁰ Así por ejemplo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones...* cit., p. 284; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos...” cit., p. 404; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 39; o ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos...” cit., p. 721.

⁸⁰¹ Vid., entre otras, las ya mencionadas Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 696\2012), de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340) y de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, de 21 de julio de 2014 (ARP 2014\1246) y de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181), de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de junio de 2012 (ARP 2012\750), de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456), de la Audiencia Provincial de Jaén, de 24 de noviembre de 2011 (ARP 2012\146), de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191) y de 11 de julio de 2008 (ARP 2008\524), de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009 (JUR 2009\261692) y de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008\59536), o de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543), muchas de ellas también citadas.

material del delito, lo sea a mero título de ejemplo. De hecho, en atención a lo dicho y como expondré a continuación, no resulta sencillo encontrar otros posibles documentos que encajen correctamente como objeto material, a pesar de la cláusula abierta que incorpora el citado precepto; y es que, como ha puesto de manifiesto la generalidad de la doctrina, no se trata de una cuestión pacífica, destacándose por la jurisprudencia igualmente, que se trata de una cuestión que no resulta exenta de dificultades de interpretación, habida cuenta la extensión y vaguedad de esa cláusula final⁸⁰².

Prescindiendo en este momento, a los meros efectos dialécticos, de la dificultad que supone el hecho de que las cuentas anuales se configuren como un criterio interpretativo restrictivo del objeto material en el artículo 290 del Código Penal, de cara a la localización de otros documentos que puedan conformar el objeto material del delito, lo cierto es que se ha planteado por una mayoría de la doctrina, como posibles documentos que puedan reflejar la situación económica o jurídica de la entidad, también desde el punto de vista del Ordenamiento mercantil, primeramente, el informe de gestión⁸⁰³, que recoge una exposición fiel de la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, describiendo igualmente los principales riesgos e incertidumbres a las que se enfrenta, y en segundo lugar, la propuesta de aplicación del resultado, documentos a los que podrían sumarse en tercer lugar las cuentas y el informe de gestión consolidados⁸⁰⁴.

⁸⁰² Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de marzo de 2013 (ARP 2013\497) o de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098).

⁸⁰³ Sobre la falsedad contable a través del informe de gestión, vid. por todos LARA GONZÁLEZ, R., “El falseamiento de la información social a través del informe de gestión”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002, pp. 61 a 106.

⁸⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 57, destaca igualmente la importancia que se deriva del falseamiento de los documentos que deben presentarse junto con las cuentas anuales, que según reiterada doctrina jurisprudencial serían el informe de gestión, la propuesta de aplicación del resultado y las cuentas y el informe de gestión consolidados. En este sentido, Sentencias como las varias veces citadas de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR

Junto con los anteriores documentos sociales, existen otros igualmente de carácter económico-jurídico, como son por ejemplo los libros de contabilidad y los de actas, los balances extraordinarios previos a determinadas operaciones, el informe del auditor de cuentas, el inventario y balance inicial de los liquidadores, sus informes periódicos relativos al estado de la liquidación o su balance final de liquidación, el proyecto de fusión o escisión, el documento o folleto informativo que acompaña a la emisión de valores o a las ofertas públicas de adquisición, los documentos que han de remitirse a las autoridades administrativas que controlan o supervisan determinadas actividades, sectores o entidades, o las escrituras públicas que se emitan, tanto la de constitución como las que reflejen otros actos jurídicos, documentos contables o de contenido jurídico que, para una generalidad de autores, también podrían estar incluidos en el artículo 290 del Código Penal⁸⁰⁵. De igual modo, la doctrina jurisprudencial señala en el mismo sentido como posibles objetos del delito dentro de la expresión “*otros documentos*”, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España, los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos como el aumento del capital social o la modificación de los estatutos de la entidad y, en general, todos los documentos orientados a hacer pública una imagen fiel de la situación económica y jurídica de la entidad⁸⁰⁶. En

2013\209274), y de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), al entender incluidos en la expresión “*otros documentos*”, precisamente tales documentos.

⁸⁰⁵ En este sentido, por citar a autores que apuntan a alguno de esos documentos como posible objeto material del delito, FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., pp. 51 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 57; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos...” cit., pp. 831 y 832; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho...* cit., p. 597; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos...” cit., p. 722; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos...” cit., p. 115; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos...” cit., pp. 578 y 579; o SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual...* cit., pp. 330 y 331.

⁸⁰⁶ Así por ejemplo, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\4339), de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989), y de 7 de noviembre de 2003 (RJ

mi opinión, sin embargo, teniendo en cuenta la consideración expuesta acerca de que las cuentas anuales actúan a modo de criterio interpretativo restrictivo del objeto material del delito, resulta preciso un análisis concreto, aunque no necesariamente individualizado, de cada una de estas opciones, toda vez que, como justificaré a continuación, el hecho de que contengan datos económicos o jurídicos no implica que de forma automática encajen en la previsión del artículo 290; análisis de los posibles documentos que pueden conformar el objeto material del delito, además de las cuentas anuales, que viene motivado, tanto por la cláusula abierta introducida por el legislador en el citado precepto y la comparación con las cuentas anuales que el mismo contiene, como por la falta de concreción en el Ordenamiento mercantil acerca de qué documentos son los que reflejan de manera fiel la situación contable y legal de las distintas entidades mercantiles, generándose de este modo una dificultad interpretativa que ha sido el origen de diferencias doctrinales y jurisprudenciales en relación con este delito.

5.2. “Otros documentos”:

Mientras que en el caso de las cuentas anuales no existe margen de duda de que se trata de uno de los posibles objetos materiales del delito de falsedad contable, ya que así se dice en el propio precepto, por el contrario y como ya he anticipado en anteriores líneas, la cláusula abierta ha originado una polémica en la doctrina y en la jurisprudencia, en cuanto a qué otros documentos quedarían abarcados por la previsión del artículo 290.1 del Código Penal “*otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la*

2003\7573). Y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 2 de julio de 2015 (JUR 2015\186583), de la Audiencia provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), y de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098).

entidad”⁸⁰⁷. La cláusula abierta empleada por el legislador, obliga a acudir a otras ramas extrapenales del Ordenamiento, en principio al Derecho mercantil, para hallar en la regulación de las entidades mercantiles, cuáles son estos posibles documentos distintos de las cuentas anuales que sirven para recoger o reflejar su estado contable y jurídico, y cuya función es reflejarlo de manera exacta y pública. De este modo, contrariamente a lo que sucede en el caso de las cuentas anuales, el hecho de que el Código Penal no especifique en “*numerus clausus*” cuáles son los documentos que se entendería que reflejan esa situación económica o legal de la entidad⁸⁰⁸, propicia un debate doctrinal acerca de cuáles en particular tienen encaje como objeto material del delito de falsedad en los documentos sociales.

En cualquier caso, puede afirmarse que esta previsión abierta o “*numerus apertus*” que introduce el Código Penal, a favor de la cual se muestran una mayoría de los autores⁸⁰⁹, parece que tendría por objeto, o al menos posibilitaría,

⁸⁰⁷ Así por ejemplo, ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 721.

Dicho lo anterior, y como he indicado con anterioridad, lo cierto es que la regulación del artículo 290 del Código Penal, no se constriñe o refiere exclusivamente a las sociedades anónimas en particular, ni tan siquiera a las sociedades mercantiles en general, personalistas o capitalistas, sino que de acuerdo con el concepto penal de sociedad del artículo 297, resulta de aplicación para todas las entidades abarcadas por este concepto penal, tales como agrupaciones de interés económico, fundaciones, asociaciones, confederaciones, etc. Asimismo, la definición de documento del artículo 26 del Código Penal, unido al hecho de la existencia de otros documentos mercantiles que contienen cierta información económica o jurídica de las entidades, siendo esa su función, abre la posibilidad de que el objeto material del delito de falsedad contable pueda venir conformado por documentación distinta de las cuentas anuales, lo que ha origina el debate en la doctrina acerca de cuáles son los documentos que han de quedar incluidos en la previsión “*otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*”.

⁸⁰⁸ En palabras de ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 721, la previsión del artículo 290.1 del Código Penal, “*se trata de una cláusula abierta...que comprende todos aquellos documentos que puedan (dependiendo del grado de afectación que la inexactitud o falsedad pueda comportar para el reflejo de la imagen fiel de la sociedad) y deban (según la normativa correspondiente) demostrar la situación jurídica y/o económica de la empresa*”.

⁸⁰⁹ LUZÓN CUESTA, J.Mª., *Compendio... cit.*, p. 207. Expone además el autor de referencia, cómo el Proyecto de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983, contrariamente sólo hacían referencia a los balances.

dar cabida “a priori” a todos los documentos que, de acuerdo con las leyes y sus normas de desarrollo, pudieran tener como función mostrar o dar a conocer el estado jurídico y económico de las entidades mercantiles⁸¹⁰, respondiendo por tanto a una función de información⁸¹¹, eso sí, siempre que sean capaces de efectivamente reflejar tal situación de forma fiel⁸¹², y estén destinados a hacerla pública⁸¹³.

Con carácter previo a la exposición de las distintas posturas u opiniones doctrinales, en torno a la identificación de los posibles documentos de las entidades mercantiles, susceptibles de reflejar el estado contable o jurídico de las mismas y, por tanto, de constituir el objeto material del delito de falsedad contable, debe abordarse el concepto jurídico-penal de documento, en tanto que, aun a pesar de la mencionada técnica legislativa empleada en el artículo 290, en lo que se refiere a la concreción de los documentos que reflejan la situación jurídica y económica de la entidad, lo cierto es que deben ser acordes con el concepto penal de documento, de tal forma que aquellos de naturaleza mercantil que, aun conteniendo datos económicos o legales de la entidad, no se ajusten al concepto penal, en ningún caso podrían constituir el objeto material de la falsedad contable. Adicionalmente a lo anterior, habrá de tenerse presente además de la especial importancia que adquieren los documentos en el caso de

⁸¹⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit., pp. 578 y 579, opina que “la fórmula amplia utilizada, comprensiva de «otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad» tiene por objeto de referencia aquellos documentos que el ordenamiento jurídico prevé, por disposiciones legales o reglamentarias, que han de cumplir dicha función”.

⁸¹¹ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 310 y ss.

⁸¹² Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9453), y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489).

⁸¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573), y de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098).

las falsedades documentales frente al resto de delitos⁸¹⁴, como pone de manifiesto GARCÍA CANTIZANO, la acción falsaria “*ha de ejecutarse, necesariamente, sobre una base material concreta, que viene constituida por el documento... sólo respecto de aquellos objetos, en los que quepa la posibilidad de cometer de alguna forma la acción típica descrita legalmente, cabrá admitir su consideración como objeto material del delito; el resto podrá seguir teniendo la calificación como documento por asimilación o analogía, pero de ningún modo su alteración no típica será constitutiva de falsedad documental*”⁸¹⁵, de tal forma que igual de importante será a efectos de la posibilidad de constituir el objeto material, que el documento encaje en la definición que proporciona el propio Código Penal, como que la conducta descrita en el artículo 290, pueda predicarse sobre el mismo, lo que sucederá cuando el documento tenga por función el reflejar de forma real y para conocimiento público la información económica y legal de la sociedad.

5.2.1. El concepto penal de documento:

Como también he tenido oportunidad de indicar en el Capítulo Segundo, en la normativa mercantil no hay un concepto general de documento⁸¹⁶, sino que

⁸¹⁴ Como pone de relieve GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 34, debe tenerse en cuenta que el documento, siendo el objeto material de la acción en las figuras de falsedad documental, “...merece una atención mayor a la propiciada normalmente en otros delitos...” pues el documento “...deja de ser el simple objeto material sobre el que recae la acción típica descrita... para convertirse en el centro de atención del que depende directamente la estimación del injusto típico”. En igual sentido FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 49.

⁸¹⁵ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 137.

⁸¹⁶ Como igualmente ya he comentado al analizar los distintos documentos mercantiles, a falta de una definición normativa, algunas Sentencias han recogido un concepto de documento mercantil. Así, entre otras, las entonces citadas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1982 (RJ 1982\2691), de 19 de septiembre de 1983 (RJ 1983\ 4554), de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8857), de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8792), de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999\2095), de 22 de junio de 2006 (RJ 2006\4946), de 25 de junio de 2007 (RJ 2007\6973), de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2048) o de 18 de diciembre de 2012 (RJ 2013\486). De entre ellas, esta última

sólo se regulan la composición y requisitos de algunos especialmente relevantes en el tráfico mercantil; en este sentido, ni se define qué son los documentos mercantiles o sociales, ni qué son los contables o económicos en el contexto de las sociedades. Por el contrario, en el Derecho penal sí se contiene una definición de documento, de aplicación a los efectos de esta rama del Ordenamiento.

Hasta el Proyecto de Código Penal de 1992, no existió un concepto penal de documento, definido en el artículo 376.1 con la siguiente literalidad: *“a los efectos de este Código se considera documento todo papel o soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria”*⁸¹⁷. Posteriormente, el artículo 26 del Proyecto de 1994, cuya redacción se mantuvo en el actual Código Penal de 1995, recogió la definición penal de documento con el siguiente tenor: *“a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro*

recuerda cómo “una consolidada jurisprudencia ha declarado que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales «no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio (LEG 1885, 21) o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquéllos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad”. O la de 10 de marzo de 1999, la cual se refiere a “a) Los que, dotados de “nomen iuris”, se encuentran regulados en el Código de Comercio (LEG 1885, 21) o en leyes especiales, tales como letras de cambio, cheques, pagarés, cartas-órdenes de crédito, acciones y obligaciones emitidas por sociedades de responsabilidad limitada, libretas de ahorro, pólizas bancarias de crédito, tarjetas de crédito, cartas de porte, pólizas de fletamento, conocimientos de embarque, pólizas de seguro; b) Todas las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito y su papel, que, con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial, aunque carezcan de denominación conocida en derecho; y c) Finalmente, aquellos que se refieren a la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles, tales como albaranes de entrega, facturas o recibos, libros de contabilidad”.

⁸¹⁷ En el Libro II “Delitos y sus penas”, Título XV “De las falsedades”, Capítulo II “De las falsedades documentales”.

tipo de relevancia jurídica”⁸¹⁸. Y se mantiene en el Proyecto de 2013, en el mismo artículo 26 y sin alterar su redacción⁸¹⁹.

Antes de la aprobación del Código Penal de 1995, se discutía por la doctrina en relación con los documentos, si los mismos se circunscribían exclusivamente o no a aquellos que presentaran forma escrita⁸²⁰, siendo mayoritaria la opinión a favor de interpretar que, efectivamente, debía tener dicha forma⁸²¹, y por tanto una concepción estricta del documento⁸²², frente a una minoritaria corriente, que abogaba por comprender dentro del concepto de documento, todos aquellos otros instrumentos no escritos pero capaces de materializar igualmente la realidad. Sin embargo, frente a la tradicional tesis de la mayoría de autores, como manifiesta MUÑOZ CONDE, “*la evolución técnica y las propias necesidades de las praxis determinaron, todavía con la vigencia del anterior Código penal, un cambio en este entendimiento, llegándose a considerar también como documento otras formas de materialización de la realidad distinta a la escrita*”⁸²³. Así la Sentencia de la Sala de lo Penal del

⁸¹⁸ En el Libro I “*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*”, Título I “*De la infracción penal*”, Capítulo VI “*Disposiciones generales*”.

⁸¹⁹ En el Libro I “*Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*”, Título I “*De la infracción penal*”, Capítulo VI “*Disposiciones generales*”.

⁸²⁰ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 49. GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 179. Como pone de manifiesto RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho... cit.*, pp. 783 y 784, mientras que el sistema francés preconizaba que por documentos sólo habrían de entenderse los escritos, el sistema alemán acogía un concepto de documento más amplio que el de la escritura, al incluirse en el Código alemán, bajo el epígrafe de “falsificación de documentos”, por ejemplo, la sustracción o la destrucción de mojones o niveles de agua y la falsificación de efectos timbrados.

⁸²¹ MORILLAS CUEVA, *Curso... cit.*, p. 227. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 1996) cit.*, pp. 625 y 626.

⁸²² FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 49.

⁸²³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 1996) cit.*, p. 626. En igual sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito... cit.*, p. 11, que, citando a CÓRDOBA RODA, J. (*Comentarios ... cit.*, p. 782), resume la situación que se daba en la doctrina y la jurisprudencia antes de la aprobación del Código Penal de 1995; expone cómo “*mientras en la doctrina se sostenía que «el documento*

Tribunal Supremo, de 19 de abril de 1991 (RJ 1991\2813), al establecer que “*el concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito. Una inspiración ampliatoria late en el art. 560 del Código Penal (RCL 1973\2255 y NDL 5670), al aludir diferenciadamente, a «papeles o documentos».* En el propio campo de la Administración Pública se extiende el uso de nuevas técnicas en la llevanza de los Registros. Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora”⁸²⁴.

Para la concepción estricta, el documento se define como el “*escrito en el que se da cuerpo a un contenido de pensamiento destinado a entrar en el tráfico jurídico*”⁸²⁵, reduciendo por tanto el concepto de documento al escrito⁸²⁶. La

requiere la forma escrita» y que «no merecerán la consideración de documento los objetos que, aunque materialicen la manifestación de un pensamiento no adopten forma escrita», la jurisprudencia se hizo cargo de la evolución de la técnica y la aparición de nuevos soportes documentales, ampliando de esta manera el concepto de documento y desligándolo de la existencia de la escritura”.

⁸²⁴ También antes del Código Penal de 1995, el mismo Tribunal y Sala, en su Sentencia de 20 marzo 1992 (RJ 1992\2373), añade, para determinar el concepto de documento, que “*lo que no cabe duda es que tal concepto sufre hoy una interpretación extensiva porque su determinación no puede dejarse, reservarse o ceñirse exclusivamente a papeles o impresos receptores por escrito de una declaración, manifestación o contenido concreto. Hay nuevas técnicas que han multiplicado las ofertas, las necesidades, las peticiones. Por eso, nuevos son también los soportes capaces de acoger y perpetuar un pensamiento, una declaración de voluntad, una certificación, un acreditamiento, una titulación, un derecho, una obligación*”.

⁸²⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho... cit.*, p. 785.

⁸²⁶ MORILLAS CUEVA, L., *Curso... cit.*, p. 227.

concepción amplia otorga prioridad a la idea de manifestación duradera de una declaración humana, siendo secundaria la forma en la que se exterioriza⁸²⁷, de tal forma que son posibles otros modos de expresión distintos a la mera escritura, como pueden ser los signos, los símbolos, los dibujos o los gráficos, o los sonidos o las imágenes, o los soportes informáticos, entre otros, a través de los cuales es posible transmitir una declaración de voluntad⁸²⁸.

La definición de documento introducida en el vigente Código Penal de 1995, sigue la senda que ya había marcado la jurisprudencia⁸²⁹, optando por una concepción amplia en la que tiene cabida cualquier medio de exteriorización de la voluntad o de una declaración, al referirse a “*todo soporte material*”, zanjándose de este modo la polémica doctrinal que existía en torno al concepto de documento⁸³⁰. Rotunda se muestra la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al enfrentarse por primera vez al concepto de documento del artículo 26 del Código Penal⁸³¹, al señalar que “*ya la Sentencia de esta Sala de 19 abril 1991,*

⁸²⁷ GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 179. Extensamente sobre las concepciones estricta y amplia de documento, vid. a la autora de referencia, pp. 179 a 193.

⁸²⁸ En palabras de MORILLAS CUEVA, L., *Curso... cit.*, p. 227, esta teoría amplia “*sostiene que el documento no sólo tiene que ser escrito, sino todo aquél susceptible de contener una declaración con eficacia probatoria o susceptible de afectar a las relaciones jurídicas*”. Para MUÑOZ CONDE, F., *Derecho... (PE, 1996) cit.*, p. 626, y *Derecho... (PE, 2013) cit.*, p. 677, admitir medios materiales distintos de la escritura, supone que el documento ya no estaría sólo limitado a ser el medio a través del cual se hacer constar y transmitir un pensamiento o voluntad humana, sino que el mismo también es una manera de hacer constar datos o hechos; y ello al decir que “*si se estima, por tanto, que el documento no sólo es un medio de comunicación del pensamiento o de declaración de voluntad de una persona a otra, sino una materialización de cualquier otro dato o hecho, esta materialización no tiene necesariamente que producirse a través del signo escrito, cabe también que se realice a través de símbolos u otro tipo de expresiones*”.

⁸²⁹ Apuntando esta circunstancia, BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito... cit.*, p. 11. El mismo, *Falsedad... cit.*, p. 19.

⁸³⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Curso... cit.*, p. 227. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 771.

⁸³¹ Sentencia de 10 julio (RJ 1996\5955) de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dictada estando en ya vigor el Código Penal de 1995, la primera que analiza la definición de documento contenida en el artículo 26. A esta Sentencia se refiere, extensamente, la de igual Tribunal y Sala, de 30 de junio de 1998 (RJ 1998\5605).

apostando por un criterio de amplitud en correspondencia con los medios técnicos hoy impuestos arrolladoramente, estima que el concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito. Se impone, pues, un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora. El art. 26 del nuevo Código Penal aprobado por la LO 10/1995, de 23 noviembre, aceptando el reto suscitado por doctrina y jurisprudencia, dispone que «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Concretamente en el ámbito doctrinal se consideró que si en cualquiera de las fases del proceso informativo se introdujera dolosamente un dato no verdadero, se alterase alguno de los ya

Puede citarse igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 16 de febrero de 2001 (RJ 2001\125466), por cuanto hace referencia al concepto de documento antes y tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en los siguientes términos: “*Tanto de la aplicación de uno como de otro Código..., la solución es la misma desde el punto de vista de la falsificación o falsedad documental, a los efectos que aquí interesa; en el Código vigente el art. 26 contiene una interpretación auténtica y contextual de lo que debe ser entendido por documento a los efectos penales como «todo soporte material que expresa o incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica»*», y con arreglo al Código derogado las SS.TS de 30-6-98 (RJ 1998, 5605) y 19-4-91 (RJ 1991, 2813), por citar alguna, señalaban que el concepto documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones, con vocaciones probatorias, pueden ser susceptibles de manipulaciones al igual que el documento escrito, concepto amplio que se reconoce en STS. de 20-3-92 (RJ 1992, 2373), 10-7-96 (RJ 1996, 5955) igualmente, recogen STS de 8-5-97 (RJ 1997, 4501)”.

incorporados, se suprimiera el existente, se simularan datos de manera que induzcan a error sobre su autenticidad, etc., habría de entenderse producido un delito de falsificación de documentos subsumible en el tipo penal que corresponda, conforme a la naturaleza pública o privada del documento. Con la definición legal antedicha merecerá la condición de documento cualquier soporte de los hoy conocidos o que en el futuro pudieran concebirse, con tal de que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Cual se resalta, lo decisivo será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material, cuyo sentido o contenido se manipula o altera”.

Puede concluirse sin lugar a dudas, que el concepto de documento que introduce el artículo 26 del Código Penal, hace referencia, en sentido amplio, a todo soporte material con función probatoria que sirva de instrumento o medio para expresar o hacer constar datos, hechos o declaraciones con trascendencia jurídica, tales como, además del documento papel, el documento de audio, video, informático, etc., y además de la escritura, los grafismos, símbolos, marcas, dibujos, imágenes, fotografías, etc. Se trata de una concepción compatible con los avances tecnológicos, las nuevas formas de trabajo y de comunicación, y los nuevos sistemas y métodos de almacenar, expresar y transmitir datos e información⁸³². En palabras de MUÑOZ CONDE, nos hallamos ante un “concepto poroso y como tal abierto al futuro, admitiendo, por tanto, otras formas de materialización de los hechos distinta a la escrita, siempre que ello pueda tener eficacia jurídica y acoger los demás requisitos que exige el

⁸³² Sobre el concepto de documento del artículo 26 del Código Penal, vid. por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “La falsedad documental: una aporía casacional”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.) y VV.AA., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1.126 y ss., y “La crisis jurisprudencial de la falsedad documental”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002, pp35 y ss.

concepto mismo”⁸³³. Consecuentemente, el objeto material del delito de falsedad, incluyendo el de falsedad contable del artículo 290, podría estar contenido en cualquiera de esos soportes, siempre que concurren el resto de requisitos exigidos por el tipo de que se trate y siempre que los documentos en cuestión sean capaces de cumplir con su irrenunciable función probatoria, además de con sus funciones perpetuadora y garantizadora⁸³⁴. Así, en el caso del delito objeto de estudio, se exigirá ya no sólo su carácter mercantil y que contenga datos o informaciones fidedignos sobre el estado jurídico y/o económico de la entidad para ser conocido por socios y terceros, sino que igualmente tal sea precisamente su función. Por ello mientras que todos los documentos que sean el objeto material del delito de falsedad contable, han de encajar en la definición penal que proporciona el artículo 26 del texto legal, por el contrario no todos los documentos que así lo hagan podrán constituirse como objeto material en la falsedad del artículo 290.

⁸³³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 1996) cit., p. 626.

⁸³⁴ Debe tenerse en cuenta igualmente, como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 1996) cit., pp. 626 y 627, y *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 678, que algunas falsedades se encuentran tipificadas en otros artículos del Código Penal; existen “*otras falsedades o falsificaciones que recaen sobre objetos que pueden calificarse de documentos, tales como la moneda o los efectos timbrados, pero que por su especial trascendencia económica o jurídica requieren tratamiento penal distinto al de la falsedad documental propiamente dicha. Lo mismo ocurre con la falsificación de algunos signos distintivos de la propiedad industrial... Sólo cuando [las falsificaciones de alguno de estos objetos que también pueden calificarse como documentos] no estén especialmente tipificadas, puede plantearse el problema de su inclusión en las falsedades del Capítulo II...*” (lo que está entre corchetes aparece en la edición de 2013).

5.2.2. Delimitación de los documentos en el delito de falsedad contable:

Además de la definición de documento del artículo 26 del Código Penal⁸³⁵ y el hecho de que la falsedad deba tener lugar sobre documentos auténticos, actúa como criterio delimitador de la cláusula “numerus apertus” del artículo 290, la necesidad de que tales documentos presenten naturaleza mercantil, lo que tendrá lugar en tanto en cuanto sirvan para reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, esto es, que cumplan esa función⁸³⁶. En este sentido se ha pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 29 de julio de 2002 (RJ 2002\6357, caso Banesto), en la cual, recogiendo un consolidado criterio jurisprudencial, expone cómo los balances y el resto de documentos que reflejan la situación de una empresa, cualquiera que sea su entidad y complejidad, son verdaderos documentos mercantiles⁸³⁷. Como ya he indicado en el Capítulo Segundo, el Ordenamiento jurídico mercantil no contiene una definición de documento, ni con carácter general ni

⁸³⁵ A título de ejemplo y, por tanto, entre muchas otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 19 de noviembre de 2004 (ARP 2004\685), al referirse al objeto material de la falsedad contable del artículo 290 del Código Penal, alude a la necesidad de tener en cuenta como criterio delimitador, la definición de documento contenida en el artículo 26 del citado texto.

Del mismo modo, autores como GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos... cit., p. 522 (CD); ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 721; o GÓMEZ RIVERO, Mª.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 509; aluden expresamente a este criterio delimitador.

⁸³⁶ Entre otras, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de febrero de 2008 (JUR 2008\165784), y la de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543).

⁸³⁷ Como pone de manifiesto RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Justicia penal. Comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1990, pp. 107 y 108, “por documento mercantil se entienden todos aquellos que expresen una operación de comercio o que sirvan para demostrar derechos de naturaleza mercantil, debiendo estimarse documentos mercantiles no sólo los expresamente regulados como tales en el Código de comercio o en las leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos y obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos. Un concepto tan amplio de documentos mercantil ha servido para incluir en su ámbito libros de contabilidad, facturas, libretas de cajas de ahorro, balances de sociedades, talones de cuentas corrientes, letras de cambio, pólizas de seguro, partes de siniestro entregadas a compañía de seguro, albaranes, recibos, etc.”.

específicamente en referencia a documentos sociales o documentos jurídico-económicos, debiendo en consecuencia a procederse a su enumeración y análisis individualizado, y a comprobar su carácter público o privado de acuerdo con lo previsto en los artículos 317.2 a 5 y 324 LEC⁸³⁸.

Por tanto, y dado que tales documentos capaces de mostrar la situación de una empresa presentan naturaleza mercantil, puede afirmarse que los documentos que se configuren como objeto material del delito de falsedad contable, habrán de presentar tal naturaleza. A sensu contrario, dado que la falsedad del artículo 290 del Código Penal se refiere exclusivamente a aquella que tiene lugar en el ámbito de las entidades mercantiles, serán impunes las falsedades ideológicas cometidas fuera de dicho contexto⁸³⁹.

Al margen de los anteriores tres criterios de delimitación, opino que no podrá ser objeto material del delito cualquier documento por el mero hecho de que sea capaz de reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, sino que sólo podrán serlo aquellos documentos que legal o reglamentariamente tengan como función, ya de forma única o no, reflejar el estado económico y/o jurídico de la entidad mercantil de que se trate. Así se deduce del propio literal del mencionado precepto, al referirse exclusivamente al documento que “*deba reflejar*” tal estado legal o contable, deduciéndose, “a sensu contrario”, que no podrán ser objeto material del delito aquellos documentos que, aun pudiendo reflejar tal situación, sin embargo no sea su deber hacerlo. Efectivamente, como ponen de manifiesto, entre otros, SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁸⁴⁰ o DEL ROSAL BLASCO⁸⁴¹, la información falsa deberá estar contenida en documentos de

⁸³⁸ Vid. cita núm. 167.

⁸³⁹ En términos semejantes RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 24.

⁸⁴⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit.”, pp. 113 y ss.

⁸⁴¹ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 105.

naturaleza mercantil de carácter obligatorio y, en consecuencia, exigibles, lo que se corresponde con la previsión del artículo 290 del Código Penal, al indicar expresamente que tales documentos serán los que “*deban*” mostrar la realidad jurídica o económica de la sociedad⁸⁴². O como manifiesta en sentido contrario MORENO CHAMARRO⁸⁴³, no podrán incluirse en el ámbito típico “*las falsedades que se contengan en documentos mercantiles emitidos al margen de toda obligación legal y por motivos no estrictamente societarios que no tiendan a reflejar la situación social*”.

En este sentido, autores como FARALDO CABANA⁸⁴⁴ o SUÁREZ GONZÁLEZ⁸⁴⁵, entre muchos otros, opinan que la fórmula “*otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad*”, tiene por objeto precisamente dar cabida a todos aquellos documentos en relación a los cuales el Ordenamiento jurídico establece que han de cumplir dicha función, quedando excluidas, consecuentemente, las falsedades producidas sobre documentos mercantiles emitidos al margen de toda obligación legal y que atienden a razones no estrictamente societarias, así como los que no sirvan para reflejar la situación jurídica o económica de la entidad.

Como quinto criterio, tal y como ya he adelantado al referirme a las cuentas anuales como criterio interpretativo restrictivo del objeto material, opino que no podrán ser objeto material del delito aquellos documentos que contengan datos económicos o jurídicos de la entidad, pero que no permitan por sí solos averiguar el estado contable y legal de la misma, por venir referidos o recoger

⁸⁴² Recogiendo dicha idea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de febrero de 2008 (JUR 2008\183856).

⁸⁴³ MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, pp. 38 y 39.

⁸⁴⁴ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 51 y ss.

⁸⁴⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “*Delitos... cit.*”, pp. 578 y ss.

únicamente algún aspecto que no permita conocer la realidad jurídico-económica de la sociedad⁸⁴⁶. Sin obviar las razones expuestas en anteriores líneas, debe tenerse en cuenta que una falsificación en un documento contable, no tiene necesariamente que reflejar una imagen distorsionada de la empresa desde el punto de vista económico. Estoy de acuerdo por tanto con FERNÁNDEZ TERUELO⁸⁴⁷, cuando afirma que *“la expresión típica nos permitirá únicamente descartar, por vía negativa, la tipicidad de cualquier tipo de falsedad sobre documentos que no tengan por objeto reflejar de algún modo la situación jurídica o económica de la sociedad”*, eso sí, entendida ésta como una imagen global y no parcial.

En conexión con ello, debe tenerse en cuenta lo establecido por el propio artículo 290 del Código Penal, que requiere que la falsedad producida debe presentar una idoneidad tal, que sea capaz de poner en peligro los intereses patrimoniales de la propia sociedad, los socios y los terceros que puedan relacionarse con la misma, y asimismo, capaz de lesionar el interés inmediatamente protegido a través de esta figura delictiva. Por ello, la capacidad o no de lesionar el bien jurídico, como consecuencia de la falsedad ejercida sobre un documento, y para la puesta en peligro o no de los intereses patrimoniales señalados por el precepto, con motivo de tal falsedad documental, constituye otro criterio delimitador de los documentos susceptibles de configurar el objeto material del delito, en el sentido de que únicamente podrán serlo, aquellos en relación a los cuales sea posible cometer de alguna manera la acción típica prevista legalmente⁸⁴⁸, siendo necesario que el documento ostente relevancia

⁸⁴⁶ MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 40.

⁸⁴⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 185.

⁸⁴⁸ Así GARCÍA CANTIZANO, M^a.C., *Falsedades... cit.*, p. 137.

suficiente para que su falsedad pueda llegar a lesionar el bien jurídico⁸⁴⁹ y, como dice CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “*cuya deformación u ocultación sea susceptible de producir perjuicios a la propia sociedad, a algunos o alguno de sus socios o a terceras personas*”⁸⁵⁰, lo que enlaza o conecta directamente con el término “*idónea*” contenido en el artículo 290 de la Ley penal sustantiva.

Finalmente, el último aspecto definidor de los documentos capaces de asumir el papel de objeto material en la falsedad del artículo 290 del Código Penal, reside en su cualidad para publicitar o dar a conocer la situación económica y jurídica de la entidad, es decir, estos documentos deben estar orientados a hacer pública la situación económica y/o legal de la empresa. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 25 de octubre de 2007⁸⁵¹, es clara al afirmar en este sentido que “*el objeto material del delito está integrado, según el art. 290 del Código Penal, por las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, esto es, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado y bajo publicidad registral*”.

Esta finalidad de hacer pública la información del estado económico y/o jurídico de la entidad, debe ponerse en relación con lo ya dicho, que sólo podrán ser objeto material del delito aquellos documentos que por mandato de una ley o reglamento, tengan como misión precisamente reflejar el estado económico y/o

⁸⁴⁹ GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 509.

⁸⁵⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 284.

⁸⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 25 de octubre de 2007 (JUR 2008\78653) y las citadas en la misma del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7661) y de 14 de abril de 2003 (RJ 2003\4659), y de la Audiencia Provincial de Málaga, de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003\31885). También en el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762).

jurídico de la entidad mercantil de que se trate. En este sentido, no todos los documentos de carácter contable o jurídico tienen por objeto reflejar de manera fiel el estado económico o legal de la entidad de que se trate y, en consecuencia, no responden a un propósito de información sobre tal estado o situación, sino que sirven a otros fines distintos. A modo de ejemplo, y sin perjuicio de referirme a ellos más adelante con el debido detenimiento, en el caso de los libros de contabilidad, siguiendo la misma línea argumental de PÉREZ VALERO⁸⁵², su razón de ser no es dar a conocer el estado de la contabilidad de las sociedades, sino que se tratan de meros instrumentos del empresario que responden a la obligación de una llevanza completa y ordenada de la contabilidad empresarial, según mandato del artículo 25 del Código de Comercio⁸⁵³, pero sobre los cuales no pesa un derecho de información ni tan siquiera por parte de los socios, destacándose contrariamente por el artículo 32 del citado Código⁸⁵⁴, que se trata

⁸⁵² PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 345 y ss.

⁸⁵³ Código de Comercio:

“Artículo 25. Descripción y obligatoriedad de la contabilidad del empresario.

- 1. Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.*
- 2. La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario”.*

⁸⁵⁴ Código de Comercio:

“Artículo 32.

- 1. La contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes.*
- 2. La comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, sólo podrá decretarse, de oficio o a instancia de parte, en los casos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo.*
- 3. En todo caso, fuera de los casos prefijados en el párrafo anterior, podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate”.*

de una información de carácter secreto, de donde fácilmente puede deducirse que su función no es dar a conocer el estado que presenta la economía de la entidad y, por tanto, que deben excluirse del ámbito del objeto material del delito aquellos documentos que corresponden a la contabilidad interna de la sociedad⁸⁵⁵. En este sentido, considero igualmente que habrá de estarse al contenido del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil⁸⁵⁶, que establece los documentos y actos

⁸⁵⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989), se refiere a este aspecto, al afirmar que “*el delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero. En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc...)*”.

⁸⁵⁶ Reglamento del Registro Mercantil:

“Artículo 94. Contenido de la hoja.

1. En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente:

1º La constitución de la sociedad, que necesariamente será la inscripción primera.

2º La modificación del contrato y de los estatutos sociales, así como los aumentos y las reducciones del capital.

3º La prórroga del plazo de duración.

4º El nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores. Asimismo habrá de inscribirse el nombramiento y cese de los secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de administración, aunque no fueren miembros del mismo.

La inscripción comprenderá tanto los miembros titulares como, en su caso, los suplentes.

5º Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.

6º La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales en los términos previstos en los artículos 295 y siguientes.

7º La transformación, fusión, escisión, rescisión parcial, disolución y liquidación de la sociedad.

8º La designación de la entidad encargada de la llevanza del registro contable en el caso de que los valores se hallen representados por medio de anotaciones en cuenta.

9º Las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario o necesario, principal o acumulado, de la sociedad y las medidas administrativas de intervención.

10º Las resoluciones judiciales o administrativas en los términos establecidos en las leyes y en este Reglamento.

11º Los acuerdos de implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea, así como sus modificaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 de este Reglamento.

12º El sometimiento a supervisión de una autoridad de vigilancia.

13º En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento.

de inscripción registral obligatoria, a efectos de su conocimiento público general; el Registro cumple esta función de publicidad, como elemento esencial de los deberes de veracidad y transparencia, necesarios para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y de la economía de mercado y por consiguiente, en mi opinión, en la misma línea que el objeto material del delito objeto de estudio⁸⁵⁷. Debe añadirse igualmente que, como ya referí en anteriores líneas, los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, constituyen un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, por cuanto afectan a un bien supraindividual o colectivo, el correcto funcionamiento de las sociedades y, por ende del tráfico jurídico, a través de la función que en las mismas desempeñan los documentos, y no de carácter individual o particular, de tal forma que parece más lógico atender a las reglas generales relativas al funcionamiento de estas entidades y, en este contexto, al papel que desempeña el Registro Mercantil.

La importancia y necesidad del papel que juega el Registro Mercantil en relación con este delito de falsedad contable, ha sido destacada en reiteradas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia. Así, autores como GONZÁLEZ RUS, ponen de manifiesto la necesidad de que los documentos que conformen el objeto material del delito, sean precisamente aquellos en relación a los cuales se

2. En dicha hoja se inscribirán también obligatoriamente la emisión de obligaciones u otros valores negociables, agrupados en emisiones, realizadas por sociedades anónimas o entidades autorizadas para ello, y los demás actos y circunstancias relativos a los mismos cuya inscripción esté legalmente establecida.

3. Será igualmente obligatoria la inscripción de la admisión y exclusión de cualquier clase de valores a negociación en un mercado secundario oficial”.

⁸⁵⁷ Sobre el hecho de que con el objeto material del delito de falsedad contable se pretenden fortalecer los deberes de veracidad y transparencia en una economía libre de mercado, se han pronunciado numerosísimas Sentencias, entre ellas, por citar algunas, las del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9453) y de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573), las de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489) y de 6 de octubre de 2009 (ARP 2010\240), la de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), la de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de junio de 2012 (ARP 2012\750), la de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191), la de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181), o la de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762).

produce un acceso público registral⁸⁵⁸. O como MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO, que lo han hecho al referirse al informe de gestión que acompaña a las cuentas anuales, al decir que “*a pesar de no hallarse comprendido tal informe en el concepto legal de cuentas anuales, tanto su expresa exigencia por la Ley, cuanto la necesidad de que sea suscrito por todos los Administradores, censurado por la Junta ordinaria y, sobre todo, depositado en el Registro Mercantil, aconsejan integrarlo en el grupo de los otros documentos objeto material del injusto típico ex art. 290 CP*”⁸⁵⁹. No obstante lo anterior, y como también expondré más adelante, para la mayoría de la doctrina⁸⁶⁰, los documentos que han de reflejar la situación económica de la entidad, “*son todos aquellos que deben reflejar algún aspecto de su estado o, incluso, de su potencialidad económica*”⁸⁶¹, siendo una fórmula amplia que excede incluso del contenido del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil⁸⁶², el cual preceptúa el contenido de la hoja registral de las sociedades en el Registro Mercantil y los actos de inscripción obligatoria.

En mi opinión, es llamativo cómo muchos de los autores que se muestran partidarios de esta fórmula amplia, por el contrario vienen a manifestar, sin lugar a dudas, que serán objeto material del delito los documentos que contengan información sobre el estado jurídico-económico de la sociedad con acceso

⁸⁵⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 831, en referencia a las cuentas anuales, el informe de gestión, la propuesta de aplicación del resultado, y las cuentas y el informe de gestión consolidado.

⁸⁵⁹ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 266.

⁸⁶⁰ Entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, pp. 105 y 106; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 52; la misma, *Los delitos... cit.*, p. 151; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 39; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho... cit.*, p. 598; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 115; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, pp. 330 y 331; o ROCA AGAPITO, L., “Lección 24^a. Delitos... cit., p. 722.

⁸⁶¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a., “Los Delitos... cit., p. 115.

⁸⁶² Vid. cita núm. 856.

obligado al Registro Mercantil, denotando la importancia que esta publicidad registral conlleva a los efectos de la comisión del delito, pudiendo apreciarse en consecuencia una cierta contradicción en sus argumentos. Tal es el caso, por ejemplo, de DEL ROSAL BLASCO, al afirmar que *“tiene razón un sector de la doctrina cuando señala que la información falsa debe estar contenida en documentos mercantiles de carácter obligatorio y, por tanto, exigibles, pues ciertamente la Ley se refiere a documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. En este sentido, constituyen objeto material idóneo del delito del art. 290 del CP 1995 los documentos que contienen toda la información que, en relación con las sociedades mercantiles, es inscribible en el Registro Mercantil; en concreto los documentos que plasmen los extremos a los que se refieren los artículos 94 y siguientes del RRM, siempre que esa información haya sido falsificada por los administradores, de hecho o de derecho, sea relevante para reflejar la situación jurídica o económica de la entidad y su falsificación sea idónea para causar un perjuicio económico a la propia sociedad, a los socios o a terceros”*⁸⁶³. Sin embargo, el autor de referencia, termina admitiendo como posibles objetos materiales también las comunicaciones de carácter interno, establecidas estatutariamente, relevantes para reflejar la situación jurídico-económica de la entidad, siempre que su falsedad sea idónea para causar el perjuicio descrito en la norma penal, relativizando por tanto la trascendencia de la publicación registral. O el caso de FARALDO CABANA, que afirma que no serán objeto material del delito objeto de estudio, sino que estaremos ante un delito de falsedad en documento mercantil, *“la comunicación escrita que los administradores dirigen a cada uno de los accionistas, cuando todas las acciones son nominativas, sustituyendo la publicidad informativa de las ofertas de suscripción preferente de acciones a través del BORM”*⁸⁶⁴, opinión de la que se deduce nuevamente la importancia de

⁸⁶³ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 105.

⁸⁶⁴ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 153.

la publicidad registral a los efectos de la tipicidad de los hechos contenidos en el artículo 290 del Código Penal, admitiendo sin embargo en sentido contrario, que el objeto material del delito pueda estar conformado por documentos que no requieren de dicha puesta en conocimiento del público en general⁸⁶⁵. O también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, que al referirse a los documentos que deben reflejar la situación jurídica de la entidad, hace alusión exclusivamente a “*todos aquellos documentos susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil*”, requisito que no es necesario en el caso de los documentos que deben reflejar la situación económica de la sociedad⁸⁶⁶.

Sobre este particular, opino que más que contradicción en sus respectivos argumentos, simplemente por estos autores se plantea y acepta que, además de los documentos de acceso obligatorio al Registro Mercantil, otros documentos que no tengan tal publicidad, pueden ser objeto material del delito, en tanto que a través de los mismos puede llegar a tenerse conocimiento de la situación económica y legal de la entidad, de tal forma que dicha percepción o conocimiento, cuando la información es errónea, puede poner en riesgo los intereses de la propia sociedad, sus socios o los terceros que lleguen a relacionarse con la misma, como consecuencia directa de tal información falsa. En relación con ello, debo reiterar que este argumento no es válido, en tanto que el acceso a la información de la entidad de manera accidental o accesorio (en este último caso cuando la función del documento está orientada a otro fin distinto que el de dar a conocer fielmente y por mandato legal el estado económico y/o jurídico de la sociedad y, por tanto, cuando ya no opera la previsión del artículo 290 “*deban reflejar*”), no se corresponde con la interpretación restrictiva que debe hacerse de la mención a las cuentas anuales, como elemento normativo, en

⁸⁶⁵ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 52.

⁸⁶⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad...* cit., pp. 27 y 28.

orden a la averiguación de los “*otros documentos*” que puedan conformar el objeto material del delito.

En consecuencia, aun siendo opinión general en la doctrina que “*el uso de la conjunción disyuntiva en la expresión «cuentas anuales u otros documentos» tiene como única función resaltar que los otros documentos que se entiendan incluidos en el ámbito de protección del tipo han de tener una importancia semejante a la que se otorga habitualmente a las cuentas anuales*”⁸⁶⁷, sin embargo no se estaría empleando por la mayoría de los autores como criterio restrictivo de interpretación en orden de la localización de los “*otros documentos*” que pueden conformar el objeto material del citado delito, esta mención de las cuentas anuales.

Al margen de este debate doctrinal y sin perjuicio de un análisis de los posibles documentos que potencialmente podrían conformar el objeto material del delito descrito en el artículo 290 del Código Penal, cabe concluir que los documentos sobre los cuales podría producirse la falsedad, deberían ser aquellos de naturaleza mercantil y respetuosos con la definición penal de documento, que legal o reglamentariamente tengan como misión o función característica, reflejar y dar a conocer fielmente el estado global económico y/o jurídico de la entidad, y cuya falsedad sea capaz de poner en peligro los intereses patrimoniales descritos por el precepto y lesionar el bien jurídico protegido a través de esta figura. En este sentido, el conocimiento de tales documentos debe producirse necesariamente a través del Registro Mercantil, de tal forma que sólo aquellos documentos cuyo registro o inscripción sea obligatoria, podrán conformar el objeto material del delito, pues, como he dicho en líneas anteriores, será esa publicidad registral la que genere una fuerza probatoria “*erga omnes*” de la que se derivará una expectativa de veracidad, esencial para el correcto

⁸⁶⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos... cit.*, p. 154.

funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado. En consecuencia, la ausencia de alguna de estas características implicaría que el documento falsificado no podría ser el objeto material del delito previsto en el artículo 290 del Código Penal y, por tanto, habría de descartarse la tipicidad de los hechos realizados sobre el mismo, al menos en lo que se refiere a esta especial falsedad documental.

En cualquier caso, estas circunstancias ponen nuevamente de relieve la importancia de la función probatoria de los documentos⁸⁶⁸ y, a mi modo de ver, reitero que justifica sin lugar a dudas cómo precisamente esta funcionalidad de los documentos se configura como bien jurídico protegido en las falsedades documentales y, por tanto, en el de la falsedad contable, siendo los documentos instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en el mismo, y ello con independencia de los deberes de veracidad y transparencia que incumben a los agentes económicos y financieros en una libre economía de mercado. De este modo, y como ya he afirmado con anterioridad, este bien jurídico consistente en la funcionalidad del documento, sirve para delimitar el ámbito de aplicación del tipo y, por tanto, para delimitar el objeto material⁸⁶⁹, ya que su interpretación junto con el elemento descriptivo del tipo “*deban reflejar*” y con el de la idoneidad para causar un perjuicio económico, conduce a afirmar

⁸⁶⁸ Como pone de manifiesto la anteriormente citada Sentencia del caso Banesto, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de julio de 2002 (RJ 2002\6357), los documentos que reflejan la situación de una entidad, no sólo sirven para dar cuenta de la marcha de la misma, sino que igualmente presentan una incuestionable vocación probatoria. Vid. en relación con esta Sentencia, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “El caso del Banco Español de Crédito: Un «banco de pruebas» para la determinación del sentido de los delitos societarios”, en el mismo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002, pp. 139 y ss.; o JAEN VALLEJO, M., “Sobre la «falsedad ideológica» (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002; «caso Banesto»)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 79, Madrid, 2003, pp. 71 y ss.

⁸⁶⁹ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 265 y 266, exponen la relación del objeto material con el bien jurídico protegido. Para los autores de referencia, el objeto directo de protección ha de ser útil para delimitar correctamente “*el ámbito documental que conforma el aspecto del objeto material*”.

que únicamente los documentos cuya función específica consiste en dar a conocer la situación económica y jurídica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito. En este sentido, como dice la jurisprudencia, *“la ley exige imperativamente que el acto falsario, y el documento así elaborado, reúna dos condiciones: que refleje falsamente la situación económica o jurídica de la entidad, y que sea «idóneo» para causar un perjuicio económico a la empresa, a sus socios o a un tercero. Ello es así porque el bien jurídico protegido por la norma está conectado con el principio rector del moderno Derecho mercantil de que el recto funcionamiento de una economía libre de mercado exige que los distintos agentes económicos y financieros se atengan al principio de la buena fe, dentro del que cabe incluir el de veracidad de los datos que sobre su situación económica y jurídica vengán obligados a hacer públicos, ya que de nada serviría imponer obligaciones de publicidad, para general conocimiento de los agentes del mercado, si no fueran acompañados de paralelos deberes de transparencia y veracidad”*⁸⁷⁰.

Como diré más adelante, esta conclusión en torno a la delimitación del objeto material, lleva nuevamente a la idea de que el artículo 290 del Código Penal es un precepto con carácter excepcional y especial en varios sentidos. Ya me referí a la excepcionalidad que representa en relación a la atipicidad de la falsedad ideológica recogida en el artículo 392.1, esto es, a la falsedad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos cometida por un particular sobre documentos mercantiles. Pues bien, también el objeto material de la falsedad contable acredita que estamos en presencia de una figura muy especial o específica, en tanto que, en comparación nuevamente con el delito genérico de falsedad en documento mercantil –esta vez cometido o no por un particular-, el objeto material se circunscribe exclusivamente a los documentos

⁸⁷⁰ Así la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 2009 (RJ 2009\5973). También la Sentencia de la Audiencia Provincial del Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543).

que, con tal carácter, tienen el deber legal de reflejar el estado jurídico y/o económico de la entidad, mientras que el objeto material de la falsedad en documento mercantil no presenta limitación alguna en este sentido. Pero aún más, el objeto material del artículo 290, sirve a su vez para limitar la excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica, en tanto que tal excepción será, exclusivamente, en relación con los supuestos en los que el objeto material de la acción sean documentos mercantiles que tengan como función reflejar el estado contable y/o legal de la entidad mercantil de que se trate. Sin embargo, el carácter excepcional y de aplicación restrictiva que en mi opinión presenta este delito, contrasta con la opinión mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, para la que el objeto material alcanzaría igualmente a documentos contables de carácter interno de las sociedades mercantiles, no orientados al conocimiento fiel y público del estado económico o jurídico de la entidad⁸⁷¹, y sin que puede argumentarse tal extensión del objeto material, ni en el derecho de información de los socios “ex” artículos 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital, ni en un supuesto bien jurídico protegido consistente en el derecho a la información de socios y terceros, o a una información veraz.

5.2.3. Discusión doctrinal acerca de los documentos susceptibles de conformar el objeto material del delito:

Una vez contextualizado el documento como objeto material en el delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, es el momento de abordar cuáles son susceptibles de subsumirse o incluirse en la función del mencionado precepto. Retomo así el debate existente en la doctrina y la jurisprudencia acerca

⁸⁷¹ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 57, llega a proponer como objeto material del delito, “cualquier tipo de documento o informe social que, por su contenido falso o engañoso, y con independencia de su finalidad concreta, pueda llegar a inducir a error a los socios o a cualquier tercero que sea destinatario o receptor de la información difundida”.

de qué documentos pueden configurar el objeto material del delito del artículo 290 del Código Penal, cuestión para la que, como ya dije en líneas anteriores, resulta necesario proceder a un análisis de los que han sido propuestos por la doctrina y/o la jurisprudencia, ya que el Ordenamiento mercantil no especifica qué documentos distintos de las cuentas anuales sirven para reflejar y dar a conocer el estado fiel contable y/o jurídico de las distintas entidades, análisis no obstante que no necesariamente deberá realizarse de forma individualizada, sin que tampoco tenga sentido elaborar un listado más o menos exhaustivo de documentos, si se tiene en cuenta la cláusula abierta contenida en el citado precepto del Código Penal.

En el siguiente análisis clasifico los documentos atendiendo a su función, distinguiendo entre los que documentan el estado económico de la entidad y los que lo hacen con el jurídico.

5.2.3.1. Documentos que deban reflejar la situación económica:

5.2.3.1.1. Informe de gestión y propuesta de aplicación del resultado:

Como ya he indicado en anteriores líneas, acompañan a las cuentas anuales, a pesar de no formar parte de las mismas⁸⁷², de una parte, el informe de gestión, que recoge una exposición fiel de la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, describiendo igualmente los principales riesgos e incertidumbres a las que se enfrenta, y de otra, la propuesta de aplicación del resultado, que determina la aplicación que habrá de darse al resultado positivo o

⁸⁷² Lo matiza expresamente PÉREZ VALERO, I., *El delito...* cit., p. 352, planteando en consecuencia la necesidad de averiguar si son capaces o no de reflejar el estado contable de la sociedad por sí mismos, teniendo en cuenta que, según indica el citado autor, no estaría clara su naturaleza económica.

negativo del ejercicio finalizado. En relación con los citados documentos, lo cierto es que no se cuestiona ni por la mayoría de la doctrina⁸⁷³ ni por la jurisprudencia⁸⁷⁴, que puedan conformar el objeto material del delito, en tanto que reflejan fielmente o, si se prefiere, de manera global, el estado económico de la entidad, y sirven para darlo a conocer. Se han referido a ello con claridad MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO, al indicar que *“menos dudas ofrece la integración del informe de gestión en el objeto material. En efecto, a pesar de no hallarse comprendido tal informe en el concepto legal de cuentas anuales, tanto su expresa exigencia por la Ley, cuanto la necesidad de que sea suscrito por todos los Administradores, censurado por la Junta ordinaria y, sobre todo, depositado en el Registro Mercantil, aconsejan integrarlo en el grupo de los otros documentos objeto material del injusto típico ex art. 290 CP. Y otro tanto puede afirmarse respecto de la propuesta de distribución del resultado, dadas la propia naturaleza del documento y la repercusión económica de su contenido, tanto para la sociedad, cuanto para la generalidad de interesados en ella y en su situación patrimonial”*⁸⁷⁵.

A pesar de que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que tanto el informe de gestión como la propuesta de aplicación del resultado son, sin lugar a dudas, documentos sobre los cuales puede realizarse el

⁸⁷³ Por citar algunos autores, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 56; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., pp. 830 y 831; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, pp. 376 y 377; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, pp. 207 y 208; MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 266; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 41; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad... cit.*, p. 27; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª, “Los Delitos... cit., p. 116; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit., p. 1.056; o VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 430.

⁸⁷⁴ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989), al referirse expresamente al informe de gestión y a los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos, entre los que se encontraría la propuesta de aplicación del resultado, incluidos en la expresión “*otros documentos*” de la sociedad que, junto con “*las cuentas anuales*”, podrían conformar el objeto material del delito.

⁸⁷⁵ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 266.

hecho típico y, por tanto, son en potencia objeto material del delito, no puede dejar de tenerse en consideración, habida cuenta de su extensa reflexión, la opinión de PÉREZ VALERO⁸⁷⁶, para quien la propuesta de aplicación del resultado no podría conformar el objeto material en el artículo 290 del Código Penal. En este sentido, se cuestiona el citado autor que tanto el informe de gestión como la propuesta de aplicación del resultado, presenten naturaleza contable y contengan información económica con dicho carácter, ya que no parece que sus datos se refieran a hechos susceptibles de ser contenidos en un balance, dudando en consecuencia de que satisfagan un específico objetivo informativo relativo a la situación económica de la empresa. Razona el autor, que el informe de gestión, de acuerdo con la normativa mercantil⁸⁷⁷, viene referido a la evolución de los negocios y a la evolución de la sociedad y, por tanto, parece referirse a información económica extracontable, al no conectar con las partidas del balance y cuenta de pérdidas y ganancias, sino que se trata de una reflexión de la administración de la entidad acerca de cuál es a su parecer, el estado de la misma y su actividad de forma prospectiva. A pesar de este cuestionamiento, termina concluyendo PÉREZ VALERO que el informe de gestión efectivamente

⁸⁷⁶ En adelante, PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 352 a 356.

⁸⁷⁷ En referencia al extinto artículo 202.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, cuya redacción se ha mantenido en el vigente artículo 262.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

“Artículo 262. Contenido del informe de gestión.

1. El informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.

La exposición consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la misma.

En la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal. Se exceptúa de la obligación de incluir información de carácter no financiero, a las sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

Al proporcionar este análisis, el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales”.

presenta naturaleza contable, y por tanto que puede configurar el objeto material del delito, a pesar de no ser su labor directa informar de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de lo que se ocupan las cuentas anuales, sino proporcionar información sobre el devenir de la empresa, para lo cual sin embargo ha de partirse necesariamente de los datos que se deducen del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, debiendo existir la debida concordancia entre aquél y éstos documentos.

En relación con esta reflexión, considero que asiste la razón a PÉREZ VALERO, y me uno a la tesis general de la doctrina al entender el informe de gestión como uno de los posibles objetos materiales del delito objeto de estudio, en tanto que resulta obvio que el contenido del citado informe reposa en datos contables, de tal forma que una falsedad en los mismos vendría dada, “a priori”, de la mano de una falsedad en las cuentas anuales, siendo en cualquier caso documentos diferentes en tanto que, como se ha indicado, el informe de gestión no forma parte de las cuentas anuales. Debe tenerse en cuenta además que esa vinculación se ve reforzada por el hecho de concurrir el informe de gestión al tiempo que las cuentas anuales, a las que acompaña en su acceso al Registro Mercantil como un todo, indisolublemente unido en un único acto y a los mismos efectos.

Por lo que se refiere a la propuesta de aplicación del resultado, PÉREZ VALERO no considera posible extrapolar el mismo razonamiento que el empleado para justificar el informe de gestión como posible objeto material del delito, desechando por tanto que lo sea, ya que sólo recoge la cifra resultante de las cuenta de pérdidas y ganancias, realizando a continuación la propuesta de distribución a los efectos de su sometimiento a aprobación en Junta General. En este sentido, considera el autor de referencia que no existe intención de trasladar información de ningún tipo sobre la situación económica de la sociedad y no cumple ningún papel informativo en este sentido, sino que exclusivamente se

trata de un instrumento que sirve para recabar una voluntad, pero cuyo único dato económico ya consta en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Es cierto que la propuesta de aplicación del resultado recoge el dato final contenido en la cuenta de pérdidas y ganancias, pero en mi opinión esto no significa que por ello que carezca de entidad propia y que, consecuentemente, no contenga información económica de la entidad; de hecho, la contiene, y la propuesta que traslada se basa precisamente en ese dato contable, de tal manera que, como en el caso del informe de gestión, resulta innegable la vinculación con la información obrante en las cuentas anuales. Parece lógico pensar que una falsedad en este documento de propuesta vendrá referido al resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias hecho constar, de donde puede deducirse que también en este caso, “a priori”, la falsedad vendrá de la mano de la de las cuentas anuales, siendo en cualquier caso documentos diferentes en tanto que, como se ha indicado, tampoco esta propuesta forma parte de las mismas. Por consiguiente, si bien serán las cuentas anuales las que trasladen el resultado del ejercicio, la propuesta de aplicación del resultado tendrá como función indicar el posible destino y uso que podría darse del mismo, de tal forma que su inexactitud conllevará una propuesta de aplicación capaz de lesionar los intereses de la propia entidad, los socios o los terceros. Finalmente, como en el caso del informe de gestión, debe tenerse en cuenta el reforzamiento de la vinculación existente entre cuentas anuales y propuesta de aplicación del resultado del ejercicio, que proporciona tanto el hecho de su concurrencia en el tiempo, como el hecho de su remisión conjunta al Registro Mercantil también como un todo, en un único acto y a los mismos efectos publicitarios.

Mención especial debe hacerse de las cuentas anuales y del informe de gestión consolidados, cuya misión es ofrecer la imagen económica de los grupos

de sociedades⁸⁷⁸. Para algunos autores, como FERNÁNDEZ TERUELO⁸⁷⁹, no sería sencillo que constituyeran el objeto material en el artículo 290 del Código Penal, ya que no son documentos de una sociedad en sentido estricto y, en consecuencia, no encajarían en la previsión del precepto, que se refiere a “*las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad*”. Así, afirma el citado autor, “*el balance consolidado, elaborado por el administrador de la sociedad dominante, no es un documento de la sociedad, sino que el mismo concierne a la totalidad del grupo, esto es a las condiciones económicas de todas las sociedades que componen el grupo, consideradas conjuntamente. Dicho de otro modo, el administrador de la sociedad dominante que falsea el balance consolidado no falsea un documento <<de la sociedad>>, sino que falsea un documento <<del grupo>>*”⁸⁸⁰. Y en este sentido, opina que el problema reside en no poder comprender los grupos de sociedades dentro del concepto penal de sociedad del artículo 297 del Código Penal, de acuerdo con su literalidad.

Contrariamente, para otros autores como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁸⁸¹, no existe dificultad para defender que el balance consolidado pueda conformar el objeto material del delito objeto de estudio, ni en el caso de una falsedad llevada a cabo en el momento de la confección del citado documento contable, ni aquella

⁸⁷⁸ Sobre los grupos de sociedades, vid., entre otros, MANÓVIL, R.M., *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, 1998, Buenos Aires.

⁸⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Estudios... cit.*, pp. 92 y 93.

⁸⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 92 y 93. Distingue el autor de referencia la falsedad producida en documentos propios del grupo de sociedades, de la falsedad producida en alguno de los documentos sociales de alguna de las entidades que conforman el grupo. Mientras que en el primero de los supuestos no estaríamos en presencia del delito de falsedad contable, en el segundo de los supuestos sí, debiendo por tanto excluirse como objeto material del delito los documentos propios o específicos del grupo de sociedades.

⁸⁸¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, pp. 378 y 379; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit.”, p. 430; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 38.

que trae su origen en la falsedad de uno de los balances de una de las sociedades del grupo y que, al incorporarse al balance de éste, provoca su falsedad⁸⁸².

En mi opinión, las cuentas anuales consolidadas y el informe de gestión consolidado, propios de los grupos de sociedades y cuya confección se realiza por el administrador de la empresa dominante en el grupo, a partir de las cuentas e informe de gestión de cada una de las entidades dominadas y la propia dominante, si podrán constituir el objeto material de la falsedad documental societaria descrita en el artículo 290 del Código Penal. La cuestión debe abordarse desde dos puntos de vista bien diferenciados: uno, en relación a si puede producirse la falsedad sobre tales documentos y, dos, acerca de si es posible que la falsedad documental producida en el contexto de un grupo de sociedades y no en el de una entidad mercantil en particular, tenga encaje en la figura señalada. En relación con la primera cuestión, ya me he referido con anterioridad a cómo la falsedad puede llevarse a cabo sobre ambos documentos, como propios de las sociedades mercantiles, sin que en mi opinión exista diferencia alguna en cuanto a la información que deben contener y a la finalidad publicitaria que se predica de los mismos, por el hecho de que vengan referidos a un grupo de sociedades y no a una entidad con carácter singular, salvo en lo que se refiere a la posibilidad de que la misma tenga lugar, bien porque se falta a la verdad en la confección de estos documentos directamente por el administrador de la sociedad dominante, o bien porque la misma traiga su origen en una

⁸⁸² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, pp. 377 y 378, hace referencia a GONZÁLEZ GUERRA, C., “La protección... cit., p. 194, quien precisamente distingue entre las llamadas falsedades originarias, refiriéndose a las que son cometidas directamente en la redacción del balance consolidado, de las llamadas falsedades derivadas, esto es, las que se derivan del hecho de una falsedad contenida en un balance de una sociedad del grupo que es trasladada al balance consolidado del grupo de empresas al producirse su incorporación. En opinión de GONZÁLEZ GUERRA, C., en el sentido apuntado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., no existe obstáculo para considerar típica conforme al artículo 290 del Código Penal ninguna de las dos falsedades. Por todos, sobre la falsedad contable en los grupos de empresas, vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Las falsedades en la documentación social en el ámbito de los grupos de empresa”, en el mismo autor, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002, pp. 89 y ss.

falsedad en los documentos de alguna de las entidades, que es trasladada a la documentación del grupo al tiempo de su elaboración; las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados sirven precisamente para acreditar cuál es el estado general económico del grupo de sociedades, de tal manera que faltar a la verdad acerca de éste supone dañar la función probatoria o el papel que han de tener estos documentos, poniéndose en riesgo los intereses del propio grupo y de cada una de las entidades que lo componen, los de los socios de cada una de las sociedades y del grupo, o los intereses de terceros que puedan entrar en relación con el grupo o alguna de las empresas que lo conforman, siendo relevante para el Derecho Penal esta falsedad en tanto que podría atentar contra las bases de la economía de mercado.

Y en relación con la segunda cuestión, esto es, si es posible que la falsedad documental producida en el contexto de un grupo de sociedades y no en el de una entidad mercantil en particular, tenga encaje en la figura del artículo 290 del Código Penal, opino que sí. En este sentido, no estoy de acuerdo con la imposibilidad de comprender a los grupos de sociedades dentro del concepto penal de sociedad del artículo 297 del Código Penal, sino que, como ya indiqué en líneas anteriores al abordar el concepto penal de sociedad, los grupos empresariales tienen cabida en la referencia del precepto a *“cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”*.

5.2.3.1.2. Los libros de contabilidad:

Como ya he indicado en líneas anteriores, SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁸⁸³ considera que los documentos que han de reflejar la situación económica de la entidad, *“son todos aquellos que deben reflejar algún aspecto de su estado o,*

⁸⁸³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit., p. 115.

incluso, de su potencialidad económica”, optando por una definición amplia que excede incluso del contenido del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil⁸⁸⁴, que previene el contenido de la hoja registral de las sociedades en el Registro Mercantil y los actos de inscripción obligatoria. En consecuencia, continúa el autor, la previsión del artículo 290 del Código Penal se refiere a todos los documentos exigidos por la normativa mercantil general, debiendo admitirse de este modo como posible objeto material del delito de falsedad contable, los libros de la sociedad, en concreto, el de Inventario y Cuentas Anuales, y el libro Diario, toda vez que su función es, precisamente, dejar constancia del estado económico de la entidad, en tanto que a través de los mismos se refleja el devenir cronológico de sus operaciones, pudiendo por tanto realizarse un seguimiento de la entidad desde el punto de vista económico a través de los mismos⁸⁸⁵. Comparte la misma opinión acerca del libro de Inventario y Cuentas Anuales y del libro Diario, FARALDO CABANA, para quien conforman la contabilidad de la sociedad, junto con las Cuentas Anuales propiamente dichas, por lo que serían el objeto material del delito, siempre, eso sí, que la falsedad llevada a cabo sobre los mismos fuera idónea para perjudicar patrimonios individuales, de acuerdo con el requisito del tipo en este sentido⁸⁸⁶. Existe abundante y reiterada doctrina

⁸⁸⁴ Vid. cita núm. 856.

⁸⁸⁵ Vid. cita núm. 852.

Código de Comercio:

“Artículo 28. Libros obligatorios.

1. El libro de Inventarios y Cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa. Al menos trimestralmente se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación. Se transcribirán también el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales.

2. El Libro Diario registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al trimestre, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que trate”.

⁸⁸⁶ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 52; la misma, *Los delitos societarios. Aspectos...* cit., p. 151. Señalan igualmente los libros de contabilidad como posible objeto material del delito, entre otros, MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 39; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho...* cit., p. 598; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL

jurisprudencial, sobre todo a partir de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573), que en ese sentido apunta cómo los libros de contabilidad pueden configurar el objeto material del delito⁸⁸⁷.

Para un sector minoritario de la doctrina, los citados libros no pueden conformar el objeto material del delito. Tal es la opinión de VILLACAMPA ESTIARTE⁸⁸⁸ o de PÉREZ VALERO⁸⁸⁹. Para éste último, como expondré a continuación, dichos libros no están abarcados por un deber de información susceptible de protección. Partiendo de la premisa de que tanto el libro de Inventario y Cuentas Anuales, como el libro Diario, son documentos contables propios de las sociedades mercantiles, el autor de referencia se cuestiona si la falsedad cometida sobre los mismos resulta típica según el artículo 290 del Código Penal, en tanto que hayan de entenderse o no incluidos como documentos que deben reflejar la situación económica de la entidad. Para PÉREZ VALERO, en primer término debe tratarse de una falsedad que posteriormente no se reproduzca en las cuentas anuales, de tal forma que pueda comprobarse si se trata de una falsedad contable en sentido estricto, autónoma de la que pueda

RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, pp. 330 y 331; o ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 722.

⁸⁸⁷ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 696\2012), de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340), y de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de junio de 2012 (ARP 2012\750), de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456), de la Audiencia Provincial de Jaén, de 24 de noviembre de 2011 (ARP 2012\146), de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191) y de 11 de julio de 2008 (ARP 2008\524), de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181), de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009 (JUR 2009\261692) y de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008\59536), o de la Audiencia Provincial de Navarra, de 3 de julio de 2007 (JUR 2008\185126) y de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543), la inmensa mayoría de ellas ya citadas.

⁸⁸⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 430.

⁸⁸⁹ En adelante, PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 345 y ss.

producirse sobre las cuentas anuales y equiparable a la misma, desde la doble perspectiva del deber de veracidad que incumbe a los administradores y la frustración de las legítimas expectativas de información de socios y terceros. A tal fin, y en segundo lugar, plantea la necesidad de reflexionar acerca de la existencia o no de un deber de veracidad en relación con la contabilidad interna de la empresa y, en caso afirmativo, resolver si es una materialización del mismo de análoga relevancia al de imagen fiel inherente a las cuentas anuales, de acuerdo con lo previsto en la normativa mercantil.

En cuanto a la existencia de un deber de veracidad sobre los documentos contables de carácter interno de las sociedades, concretamente sobre los libros encargados de recoger de forma ordenada la contabilidad empresarial, comparto la opinión de PÉREZ VALERO, coincidente en este aspecto con la de la generalidad de la doctrina, según la cual efectivamente existe tal deber, si se tiene en cuenta la importancia y papel de las sociedades para el tráfico jurídico y para el correcto funcionamiento de la economía de mercado, afectando ese adecuado funcionamiento de las entidades, no sólo a los intereses particulares de los propios empresarios, sin que por tanto sea una exigencia vinculada de manera exclusiva al ámbito de las cuentas anuales, pudiendo concluirse que *“la veracidad es un requerimiento de la declaración contable, tanto en los libros contables como en las cuentas anuales”*⁸⁹⁰, pero a pesar de ello, no pueden tener igual tratamiento el libro de Inventario y de Cuentas Anuales y el libro Diario que las cuentas anuales, en cuanto a instrumentos que sirven para dar a conocer la imagen fiel del estado de la entidad. Entiende el autor que al mantener lo contrario, se incurre en un error confundiendo la idoneidad para engañar a tenor de la información incorrecta contenida en los documentos contables, con la idea de que éstos sean el medio para conocer tales datos que conducen al engaño; dicho de otra manera, lo que el autor sostiene es que una cosa es que el socio

⁸⁹⁰ Ibídem., p. 348.

haya conocido, a través de los libros de contabilidad, unos datos económicos que le induzcan a creer que la sociedad tiene una situación contable que en realidad es distinta de la real, y otra es que dichos instrumentos o libros sean el cauce previsto para que el socio, o el tercero, adquieran conocimiento del estado económico de la entidad, y así *“lo importante... en el delito del art. 290 del CP español, es que la veracidad a la que debe responder dicho documento, venga impuesta por la necesidad de satisfacer determinadas pretensiones informativas, como finalidad esencial, y no como una consecuencia accesorio respecto de una labor principal de registro y documentación...”*, de tal forma que mediante el artículo 290 trata de evitarse que *“...la mentira no frustre ciertas expectativas informativas”*⁸⁹¹, debiendo en todo caso distinguirse este delito del de la estafa, en el que, por el contrario, sí se pretende la generación de un engaño que sirva para inducir la realización de una disposición patrimonial perjudicial, ya para quien la realiza o para un tercero.

Finaliza su exposición PÉREZ VALERO, poniendo de manifiesto cómo los libros de contabilidad no son consecuencia de un deber de información susceptible de tutela por la vía del artículo 290 del Código Penal, ya que, de una parte, su finalidad no es informar, y de otra, porque de acuerdo con la normativa mercantil, rige el principio de secreto de la contabilidad de los empresarios, en contraste con el de publicidad en el caso de las cuentas anuales, mediante su depósito en el Registro Mercantil. En consecuencia, el autor niega que el libro de Inventario y Cuentas Anuales y el libro Diario, puedan conformar el objeto material de la falsedad contable.

Aun siendo cierto que el libro de Inventario y Cuentas Anuales y el libro Diario son elementos contables de las empresas, cuya función consiste precisamente en reflejar el conjunto de las operaciones de la entidad, no puede

⁸⁹¹ Ibídem., pp. 348 y 349.

afirmarse que configuren el objeto material del delito objeto de estudio, en la línea de lo argumentado por PÉREZ VALERO. Efectivamente, mientras que el artículo 25 del Código de Comercio establece, en su apartado primero, la obligación de todo empresario de llevar una contabilidad ordenada, ajustada a la actividad de la entidad y que refleje de forma cronológica el devenir de sus operaciones al objeto de posibilitar su seguimiento, citando expresamente la obligatoriedad de la llevanza de un libro de Inventario y Cuentas Anuales y un libro Diario⁸⁹², el artículo 28 del mencionado Código, contempla, de una parte, cómo en el libro de Inventarios y Cuentas, que se abrirá con el balance inicial de la entidad, deberán reflejarse trimestralmente, con sumas y saldos, balances de comprobación, así como el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales; y de otra, cómo en el libro Diario deberán registrarse todas las operaciones referidas a la actividad de la sociedad. Pues bien, a pesar de ello, como digo, no puede afirmarse que el libro de Inventario y Cuentas Anuales y el libro Diario puedan constituir el objeto material del delito, ya que no resultan contextualizables en un hipotético derecho a la información social, en el sentido de que no son instrumentos cuya finalidad sea informar a los socios del estado contable de la entidad, sino que forman parte de la esfera privada del empresario y responden a su deber de llevar una contabilidad correcta y ordenada, documentos contables sobre los que, como he indicado en líneas anteriores, efectivamente pesa un deber de veracidad, exigible en relación con la contabilidad interna de la empresa, pero del que no debe interpretarse de forma automática que por ello constituyan instrumentos ordenados a dar a conocer entre los socios, en incluso a terceros que pudieran llegar a tener acceso a los mismos por la razón que fuera, el estado económico de la entidad, sin que tampoco haya sido así previsto por la normativa mercantil, que prevé su carácter secreto y su no

⁸⁹² Vid. cita núm. 853.

obligatoriedad de publicación en el Registro Mercantil⁸⁹³, como por el contrario sí se ha hecho en el caso de las cuentas anuales, no sujetas por tanto al principio de secreto empresarial, de donde indudablemente se deduce la incompatibilidad de estos documentos con el de una supuesta función consistente en dar a conocer el estado económico de la sociedad.

A lo anterior podría añadirse, prescindiendo de lo dicho a los meros efectos dialécticos, que una falsedad en un documento contable, como en un libro de contabilidad, podría ser posteriormente corregido y, por tanto, no reflejarse en las cuentas anuales de la sociedad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de julio de 2000, al decir que *“las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los elementos contables de la sociedad pueden resultar subsanados en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.)”*⁸⁹⁴, no pudiendo deducirse, en consecuencia, que una inexactitud en los libros de Inventario y Cuentas Anuales, y Diario, no pudiera ser corregida posteriormente o por las cuentas anuales antes de su publicación para conocimiento general, por lo que parecería precipitado considerar objeto material del delito también desde este prisma a los mentados libros de contabilidad.

⁸⁹³ El artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, no incluye como documentos de obligada publicación registral los libros de contabilidad, de tal forma que tampoco será su función, de acuerdo con el citado precepto, dar a conocer el estado económico de la sociedad, a pesar de poder llegarse a conocer el estado económico de la entidad en el momento de su consulta y su devenir hasta ese momento. Contrariamente, el artículo 32 del Código de Comercio prevé el carácter secreto de la contabilidad de los empresarios. Vid. citas núm. 854 y 856.

⁸⁹⁴ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2000 (RJ 2000\6583). También las Sentencias de igual Sala y Tribunal, de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896), de 14 de abril de 2003 (RJ 2003\4659), o de 29 de julio de 2002 (RJ 2002\6357). A este aspecto ha hecho referencia, entre otros, ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 721.

Como ya indiqué en anteriores líneas, la mención que en el artículo 290 se hace de las cuentas anuales, supone que éstas se configuren como un criterio interpretativo restrictivo, definidor de cómo habrán de ser los “*otros documentos*” que conformen el objeto material de este delito; en este sentido, como entonces anticipé, sólo aquellos documentos cuya función sea, como en el caso de las cuentas anuales, reflejar de manera global y pública la situación de la persona jurídica, podrán ser entendidos como objeto material. Empleando las palabras de nuestra doctrina jurisprudencial, “*el objeto material son todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado*⁸⁹⁵”, y “*el principio de la imagen fiel que rige los deberes contables y la publicidad de los balances y las cuentas anuales, conforme a las normas de las más recientes reformas del Código de Comercio (art. 34.2) y la Ley de Sociedades Anónimas (art. 172.2) viene a recoger la necesidad de que los datos económicos y jurídicos más relevantes que reflejen la situación de una empresa y que son de publicación obligatoria ofrezcan un reflejo de la misma que responda a su realidad, esto es, ofrezcan la imagen fiel de lo que es tal situación, para que los intereses de los que pretendan establecer relaciones con ella no se vean defraudados*”⁸⁹⁶. En el caso de los libros de contabilidad, parece por tanto plausible que no pueden conformar el objeto material de protección en el delito de falsedad contable, de forma análoga a como lo hacen las cuentas anuales, toda vez que opino que no son documentos que deban reflejar la situación económica de la entidad, en el sentido establecido en el artículo 290 del Código Penal, sino meros instrumentos de contabilidad interna del empresario, cuya función no es dar a conocer el estado económico de la misma. Lo mismo puede decirse de facturas y otros instrumentos contables de semejante naturaleza.

⁸⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762).

⁸⁹⁶ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 2009 (RJ 2009\5973).

5.2.3.1.3. Balances de carácter extraordinario y balances trimestrales:

Determinadas acciones en el ámbito societario requieren de la confección por parte de los administradores de balances de carácter extraordinario, distintos de los ordinarios que se integran en las cuentas anuales. Se tratan de operaciones tales como la emisión de obligaciones, aumento o reducción de capital social, transformación de la sociedad, o fusión, escisión y liquidación de la misma. Salvo en el caso de los autores que opinan que la mención a las cuentas anuales del artículo 290 del Código Penal, sería suficiente a los efectos de la fijación del objeto material, la doctrina se muestra unánime al reconocer que dichos balances extraordinarios pueden configurar el objeto material de la falsedad contable⁸⁹⁷. En este sentido, efectivamente los balances extraordinarios presentan carácter contable y sirven precisamente para dar a conocer, como en el caso del balance ordinario de las cuentas anuales, el estado o situación económico de la entidad, *“buscando reflejar la situación patrimonial de la empresa con la finalidad de satisfacer un específico objetivo informativo”*⁸⁹⁸. Es por ello que la consideración de estos balances como potenciales objetos materiales en la figura objeto de estudio, en verdad no genera mayor problema.

No obstante lo anterior, en relación con estas operaciones societarias, buena parte de la doctrina emplea una fórmula que, en mi opinión, resultaría “a priori” excesivamente amplia, al referirse ya no tanto a los balances en cuestión, sino a *“todos los documentos que deben presentar los administradores”*⁸⁹⁹ con motivo de tales acciones, o al menos en relación a alguna de ellas. Sin entrar a

⁸⁹⁷ Por citar algunos autores, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 188; PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 356 y ss.; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit.”, p. 722; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La administración... cit.*, p. 27; y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit.”, p. 116.

⁸⁹⁸ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 359. Muy extensamente se ha referido el autor a los balances extraordinarios, *ibídem.*, pp. 356 a 360.

⁸⁹⁹ Así lo expresa, por ejemplo, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit.”, p. 116.

estudiar y valorar en este momento el conjunto de posibles documentos que resultarían preciso que los administradores confeccionasen en relación con las citadas operaciones mercantiles, por el contrario debería ser objeto de estudio separado cada uno de esos posibles documentos, distintos de los balances extraordinarios, a fin de comprobar que los mismos responden a una función informativa en relación con el estado económico de la entidad de que se trate. De este modo, sólo aquellos documentos que respondan a dicha función, podrían constituir el objeto material en el artículo 290, de forma analógica a como lo hacen las cuentas anuales, teniendo en cuenta su papel como criterio interpretativo restrictivo al que me he venido refiriendo en el estudio del objeto material.

Por lo que se refiere a los balances trimestrales de comprobación “ex” artículo 28.1 del Código de Comercio⁹⁰⁰, elaborados con el fin de adquirir idea por parte del empresario, de la situación económica de la entidad y de las operaciones realizadas en el periodo, al efecto de comprobar que no existen asientos descuadrados en la contabilidad, comparto opinión con los autores que se muestran contrarios a su posible consideración como objeto material, pudiendo trasladarse en este sentido lo dicho en líneas anteriores en relación con los libros de contabilidad, siendo unos balances que forman parte estrictamente de la contabilidad interna de la sociedad⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Vid. cita núm. 885.

⁹⁰¹ En contra se han manifestado autores como MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 266, o PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 351.

5.2.3.1.4. Balance e inventario inicial, informes periódicos y balance final de los liquidadores⁹⁰²:

Se trata de los documentos propios de la fase de liquidación de las sociedades, en las que también se prevé un control de carácter contable⁹⁰³, que deben permitir apreciar con exactitud tanto el estado de la propia entidad, como la marcha de su liquidación⁹⁰⁴. Por citar el supuesto de las entidades más representativas, las sociedades de capital, los liquidadores deberán formular un inventario y un balance de la sociedad inicial en los tres meses siguientes al de apertura de la liquidación; asimismo, deberán informar de manera periódica a socios y acreedores sobre el estado de la liquidación; y finalmente, concluidas las operaciones de liquidación, emitirán un balance final que someterán a aprobación de la Junta General, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante⁹⁰⁵.

⁹⁰² Sobre el proceso de liquidación, disolución y extinción de las sociedades, vid. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 801 y ss.

⁹⁰³ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 188.

⁹⁰⁴ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 55.

⁹⁰⁵ Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 383. Deber inicial de los liquidadores.

En el plazo de tres meses a contar desde la apertura de la liquidación, los liquidadores formularán un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiera disuelto”.

“Artículo 388. Deber de información a los socios.

1. Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces.

2. Si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud del estado de la liquidación”.

“Artículo 390. Balance final de liquidación.

1. Concluidas las operaciones de liquidación, los liquidadores someterán a la aprobación de la junta general un balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios de activo resultante.

2. El acuerdo probatorio podrá ser impugnado por los socios que no hubieran votado a favor del mismo, en el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de su adopción. Al admitir la demanda de

Una mayoría de autores⁹⁰⁶ opinan que el balance e inventario inicial, los informes periódicos y balance final de los liquidadores pueden conformar el objeto material en el delito del artículo 290 del Código Penal. Así, para FARALDO CABANA⁹⁰⁷, el estado de cuentas debe permitir conocer con precisión tanto la situación de la sociedad, como la marcha de la liquidación y sus operaciones.

En este sentido, lo cierto es que se tratan de documentos cuya función esencial es dar a conocer el estado de la entidad y de la liquidación que se está llevando a cabo por los liquidadores, presentando además carácter contable, por lo que en principio no sería complicado admitir que puedan conformar el objeto material. Sin embargo, considero que sólo el balance y el inventario inicial, y asimismo el balance final, pueden ser objeto material del delito de falsedad contable. En el caso del balance e inventario inicial, porque una falsedad en los mismos provocará que el punto de partida de las operaciones de liquidación sea incorrecto, lo que a resultas es una circunstancia adecuada para que se puedan causar perjuicios patrimoniales en socios o terceros; y en el caso del balance final, que arroja el resultado de la liquidación, cuando no se corresponde con la realidad es igualmente susceptible de causar perjuicios como los señalados en el precepto. Descarto que los informes periódicos de los liquidadores puedan ser la causa de tal perjuicio, aun a pesar de que no se correspondan con el verdadero estado contable y de la liquidación de la sociedad, pues no serán decisivos a estos efectos, contrariamente a lo que sucede en el resto de documentos.

impugnación, el juez acordará de oficio la anotación preventiva de la misma en el Registro Mercantil”.

⁹⁰⁶ Entre otros, FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 55; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., p. 188; y ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 722.

⁹⁰⁷ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., pp. 55 y 56.

La liquidación, tras el acuerdo de disolución de la sociedad, deberá ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil⁹⁰⁸, de tal forma que las escrituras en las que figuren dichas operaciones, igualmente podrán ser el objeto material del delito recogido en el artículo 290 del Código Penal, al ser documentos que reflejarán la situación jurídico-económica de la entidad cuya publicación en el Registro Mercantil será obligatoria, para conocimiento de socios y terceros en general.

5.2.3.1.5. El proyecto de fusión, de escisión y la transformación⁹⁰⁹:

Me uno a la opinión mayoritaria en la doctrina acerca de la cual, deben incluirse como posibles objetos materiales del delito recogido en el artículo 290 del Código Penal, los documentos que conforman los proyectos de fusión o escisión, o la transformación⁹¹⁰, pues los mismos están abarcados por el derecho de información del socio y tienen por objeto precisamente dar a conocer el estado de la entidad al tiempo de la fusión, escisión y transformación, así como las circunstancias en las que se producirán tales operaciones.

⁹⁰⁸ Vid. cita núm. 856.

⁹⁰⁹ Los procedimientos de fusión, escisión y transformación se encuentran regulados en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Igualmente, sobre estas operaciones, vid., entre otros, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... cit.*, pp. 600 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones... cit.*, pp. 753 y ss.

⁹¹⁰ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 54; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 187 y 188; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... cit.*, p. 57; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 376; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, p. 208; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 38; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit.”, p. 722; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit.”, p. 116; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento... cit.”, p. 1.056; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos... cit.”, p. 578; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit.”, p. 430.

De este modo, en el caso de la fusión, el proyecto⁹¹¹, que debe ser elaborado por los administradores y que requerirá del informe favorable de expertos independientes designados por el Registrador Mercantil, constituye la base de la fusión, el cual será presentado a las Juntas Generales de las entidades que participan en la misma, a efectos de su aprobación, si bien, con carácter previo, salvo en el caso de Junta Universal, deberá ser presentado en el Registro Mercantil a efectos de publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil su depósito a fin de poder ser consultado por socios y terceros.

En el caso de la escisión, el proyecto incluirá, además de las menciones del proyecto de fusión, la designación y, en su caso, reparto de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias y, salvo en los casos de segregación, el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les corresponderán en el capital de las entidades beneficiarias, así como el criterio en el que se basa tal reparto⁹¹².

Y en el caso de la transformación, también será necesario el correspondiente acuerdo, debiendo con carácter previo facilitarse que los socios tengan opción de conocer toda la información precisa de cara a la toma de decisión⁹¹³, salvo que se trate de Junta Universal, si bien habrán de distinguirse los supuestos en los que será precisa la unanimidad de los socios, como en el caso de la sociedad colectiva o en comandita simple, y el simple acuerdo de la Junta General, como en el de la sociedad anónima, la comanditaria por acciones o la limitada. En ese último grupo de sociedades, será precisa la aprobación del

⁹¹¹ El contenido mínimo del proyecto se encuentra previsto en el artículo 31 de la Ley sobre Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁹¹² Al proyecto de la escisión se refiere el artículo 74 de la Ley sobre Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁹¹³ El artículo 9 de la Ley sobre Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, señala los documentos que deben facilitarse a los socios de cara a la adopción del acuerdo de transformación.

balance presentado para la transformación, que debe ser útil para conocer el valor de la participación de cada socio en la entidad, tanto en beneficio de éstos como de terceros.

Además de lo anterior, las fusiones, escisiones y transformaciones una vez se hayan acordado, deberán ser inscritas en el Registro Mercantil a efectos de su publicidad y conocimiento para socios y terceros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil⁹¹⁴, pudiendo concluirse que podrán ser objeto material del delito previsto en el artículo 290 del Código Penal, tanto los documentos que proporcionen esencial información de cara a la adopción de los acuerdos sobre fusión, escisión y transformación, como los acuerdos e instrumentos a través de los que dichas operaciones tienen lugar.

5.2.3.1.6. Documentos exigidos por normativa específica:

Existen documentos que vienen exigidos por normativa específica, según el tipo de entidad o sector de actividad de que se trate, o por las Administraciones que velan por su control y buen funcionamiento. Tal es el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación con sus labores de supervisión e inspección del mercado de valores; el Banco de España, en referencia a las entidades crediticias; y la Dirección General de Seguros, en el caso de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. A través de dichos órganos de control se pretende conocer si las distintas entidades suponen un riesgo, respectivamente, para el mercado de valores, el sistema financiero y el sector asegurador⁹¹⁵.

Como en el resto de supuestos, existe un deber de veracidad sobre los documentos que han de remitirse a estas Administraciones por las distintas

⁹¹⁴ Vid. cita núm. 856.

⁹¹⁵ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 377.

entidades que conforman dichos segmentos de la actividad, si bien para poder tener la consideración de objeto material del artículo 290 del Código Penal, nuevamente deben responder a una función informativa, en el sentido de que deben servir y estar orientados a dar a conocer de manera fiel su situación económica. A favor de la consideración como posibles objetos materiales del delito se ha mostrado la generalidad de la doctrina⁹¹⁶ y la jurisprudencia⁹¹⁷, si bien no falta alguna voz en contra de tal inclusión. Tal es el caso de PÉREZ VALERO⁹¹⁸, en cuya opinión las comunicaciones que estas entidades dirigen a las autoridades de control, *“no forman parte de sistema de comunicación alguno, por lo que no pueden ser consideradas típicas”* las falsedades llevadas a cabo sobre tales documentos; en este sentido, añade al autor, *“se trata de documentos que no van a ser conocidos más allá del órgano de control que los recaba, pues agotan su función en determinar la situación de la entidad inspeccionada por parte de dicho órgano, de manera que no son un medio para informar con carácter general del estado de la sociedad mercantil”*.

Para resolver esta cuestión, resulta obligado observar el tipo de documentos que son objeto de remisión a las distintas Administraciones de control, según los casos; dichos documentos serán, generalmente, balances de

⁹¹⁶ Entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones... cit.*, p. 284; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos... cit.”, p. 404; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 37; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit.”, p. 722; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit.”, pp. 116 y 117; o SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 331.

⁹¹⁷ Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 696\2012), de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340) o de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573); Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489); Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098); Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de junio de 2012 (ARP 2012\750); Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de diciembre de 2011 (ARP 2012\68); Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191); Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181); o Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2007 (JUR 2009\407762).

⁹¹⁸ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, p. 377.

situación, a partir de los cuales se tendrá conocimiento del estado económico de cada una de las entidades. En relación con ello, parece que no ofrece lugar a dudas ni la naturaleza mercantil de los citados documentos, ni su carácter contable, ni el deber de veracidad que pesa en consecuencia sobre los mismos. Queda por resolver entonces si dichos documentos tienen como función informar de forma análoga a como lo hacen las cuentas anuales, esto es, si mediante los mismos pretende darse a conocer la situación contable real de la entidad, o por el contrario tal no es su función. En este sentido, opino que la diferencia existente en relación con las cuentas anuales consiste en el destinatario de la información que, como pone de relieve PÉREZ VALERO⁹¹⁹, en este supuesto se limita al órgano de control, mientras que en el caso de las cuentas anuales su publicidad tiene como destinatario tanto los socios como terceros. Cabe por tanto preguntarse si estos balances están “*destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado*”⁹²⁰.

En este sentido, y a pesar de que su función sea la de proporcionar información de carácter económico de la entidad de que se trate, opino que no pueden constituir el objeto material del delito de falsedad contable, ya que no se tratan de documentos dirigidos ni a los socios ni a terceros interesados en el devenir de la sociedad y, por tanto, considero que no pueden resultar adecuados por sí para causar perjuicios patrimoniales en la forma señalada en el artículo 290 del Código Penal, sin que por otra parte tengan acceso al Registro Mercantil a efectos de su publicidad⁹²¹.

⁹¹⁹ Ibídem., p. 377.

⁹²⁰ En iguales términos que muchas otras, la anteriormente citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2007 (JUR 2009\407762).

⁹²¹ Vid. cita núm. 856.

Mención separada debe hacerse del folleto informativo que las sociedades que cotizan en bolsa deben remitir a la Comisión del Mercado de Valores. Dentro de las comunicaciones que han de realizarse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, merece tratamiento diferenciado el documento o folleto informativo que acompaña a la emisión de valores o a las ofertas públicas de adquisición de valores, en relación al cual no parece cuestionarse ni por la doctrina ni la jurisprudencia su función informativa, esta vez dirigida al público en general, a los posibles inversores, en el que se transmiten datos de contenido económico esenciales de cara a decidir acerca de llevar a cabo o no una determinada inversión, siendo por tanto idónea la falsedad sobre dicho documento o folleto para causar un perjuicio económico como el señalado en el artículo 290 del Código Penal⁹²².

5.2.3.1.7. Actas, libro de actas y certificados de las actas:

Comparto la opinión expuesta por FERNÁNDEZ TERUELO en relación con la exclusión como objeto material del delito de las actas de la Junta, extensible en mi opinión al libro de actas, *“al ser un acta un documento cuyo objeto no es el de suministrar información jurídica o económica de la sociedad, sino que, más bien, tiene una función probatoria capaz de dar fe de los acuerdos u otros asuntos tratados en la Junta, en tanto no se pruebe su falsedad”*⁹²³. En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de noviembre de 2008⁹²⁴, al decir que *“en todo caso, lo cierto es que las actas de*

⁹²² FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., pp. 54 y 55; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 57; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 38; PÉREZ VALERO, I., *El delito...* cit., pp. 379 y ss.; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento...” cit., p. 1.056; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos...” cit., pp. 578 y 579.

⁹²³ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., p. 188.

⁹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009\45).

las juntas..., no constituyen cuentas anuales, ni documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad en el sentido del art. 290 CP”.

Por el contrario, hay numerosos autores que sí consideran que las actas y el libro de actas pueden conformar el objeto material del delito⁹²⁵.

Mención diferente deben tener las certificaciones de las actas emitidas por los administradores⁹²⁶. Como afirma ROCA AGAPITO⁹²⁷, sin negar que las certificaciones de las actas tienen como principal finalidad dar fe de los acuerdos adoptados en las Juntas, no menos cierto es que éstas pueden contener información de naturaleza económica o jurídica trascendente para socios y terceros.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009⁹²⁸, se muestra categórica al afirmar que *“la falsedad cometida con motivo de la supuesta realización de Juntas de accionistas sin la presencia del otro socio, aparentando que se le había citado, supone una mutación de la verdad que se materializa cuando se expiden certificaciones sobre dichas Juntas de accionistas, que adquiere trascendencia jurídica cuando se incorporan al*

⁹²⁵ Así FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 53; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 38; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit.”, p. 722; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit.”, p. 117; o SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 331. En contra de que estas certificaciones de los administradores puedan ser objeto material del delito, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 188.

⁹²⁶ A favor de que las certificaciones de las actas de las Juntas puedan ser objeto material en el delito del artículo 290 del Código Penal, entre otros, FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 53; o ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit.”, p. 722.

⁹²⁷ ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit.”, p. 722.

⁹²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009 (JUR 2009\261692). Igualmente, por citar alguna más, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de abril de 2011 (ARP 2011\743) y de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008\59536), aprecian el delito de falsedad contable por la presentación en el Registro Mercantil de certificaciones de Juntas no celebradas o ficticias.

tráfico jurídico mediante la elevación a escrituras públicas de dichas actas”, añadiendo más adelante que la conducta “ha alcanzado sus efectos jurídicos tras incorporarse las certificaciones de aquellas juntas a documentos públicos y al Registro de la Propiedad y Mercantil”.

5.2.3.1.8. Informe del auditor de cuentas:

Tal y como he indicado en el Capítulo Segundo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 263 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, el auditor de cuentas deberá revisar las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión, salvo que se trate de una sociedad que puedan presentar balance abreviado. En este sentido, como consecuencia del informe, el auditor de cuentas podría, de conformidad con lo previsto en el mismo, proceder a la modificación de las cuentas anuales⁹²⁹.

En relación a este informe de los auditores, opino, en el mismo sentido que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de noviembre de 2009⁹³⁰, que en realidad sirve para la acreditación de la falsedad de las cuentas anuales y, en su caso, del informe de gestión, pero que no puede constituir el objeto material del delito. Debe tenerse en cuenta una vez más, que su función no es reflejar de manera fiel el estado económico de la entidad, no responde a tal finalidad informativa, sino que tiene como único objeto la

⁹²⁹ Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 270.

1. El auditor de cuentas dispondrá como mínimo de un plazo de un mes, a partir del momento en que le fueren entregadas las cuentas firmadas por los administradores, para presentar su informe.
2. Si como consecuencia del informe, los administradores se vieran obligados a alterar las cuentas anuales, el auditor habrá de ampliar su informe e incorporar los datos producidos”.

⁹³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de noviembre de 2009 (ARP 2010\353). En el mismo sentido, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de octubre de 2009 (ARP 2010\240).

comprobación de las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión elaborado por el administrador⁹³¹, persona distinta del auditor.

Distinto tratamiento opino que podría darse al hecho de que el auditor de cuentas procediera a la modificación de las mismas, según lo previsto en el actual artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo caso podría entenderse que el objeto de protección serían las cuentas anuales.

5.2.3.1.9. Documentos, comunicaciones o informes sociales:

Por un amplio sector de la doctrina⁹³² se alude como posible objeto material del delito de falsedad contable a todo tipo de documentos, comunicaciones o informes sociales tanto los de carácter oficial como de naturaleza interna, dirigidos a los socios para darles noticia de la marcha de la sociedad, como los de naturaleza externa dirigidos a futuros socios o acreedores, siempre que sean relevantes para reflejar la situación económica de la entidad e idóneos para causar un perjuicio económico a sus destinatarios. En mi opinión no es admisible que cualquier documento, comunicación o informe, ya de carácter oficial, ya de carácter interno, pueda conformar el objeto material del delito, sino que, como ya he indicado en líneas anteriores, sólo podrán serlo aquellos que

⁹³¹ A favor de la no consideración como objeto material del delito, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., pp. 134 y 135, corrigiendo su posición a tenor de la doctrina jurisprudencial habida (en sentido opuesto en *Los delitos...* (1996) cit., p. 376), precisamente porque “*el informe de auditoría se considera elemento probatorio de este delito, pero no objeto material en caso de que la acción típica recaiga sobre él*”. Contrariamente, a favor de su consideración como posible objeto material del delito, GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones...* cit., p. 509; MESTRE DELGADO, E., “XVII. Los delitos...” cit., p. 404; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24^a. Delitos...” cit., p. 722; o SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual...* cit., p. 331.

⁹³² Por todos DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 105, quien, como ya referí en anteriores líneas, admite como posibles objetos materiales las comunicaciones de carácter interno, establecidas estatutariamente, relevantes para reflejar la situación jurídico-económica de la entidad, cuando su falsedad resulte idónea para causar el perjuicio descrito en el artículo 290 del Código Penal.

tengan precisamente como principal finalidad dar a conocer a la situación jurídico-económica de la entidad, tanto para los socios como para terceros, siendo tales documentos únicamente los que resultan de obligado acceso al Registro Mercantil, esto es, los señalados en el artículo 94 del Reglamento que regula el citado Registro⁹³³, ya que, si bien es cierto que a través de esos otros documentos, comunicaciones o informes, podría llegar a conocerse el estado contable de la sociedad, sin embargo los que legalmente se han previsto para dicha finalidad son los que deben publicitarse en la forma indicada.

5.2.3.2. Documentos que deban reflejar la situación jurídica:

Por la doctrina jurisprudencial se reconoce la dificultad interpretativa derivada del literal del artículo 290 del Código Penal, en cuanto a la localización de los documentos que hayan de reflejar la situación jurídica de la entidad⁹³⁴: *“Al referirse el tipo penal a otros documentos, se convierte en un concepto amplísimo, máxime cuando no se trata estrictamente de documentos económicos, sino aquellos otros que puedan reflejar la «situación jurídica», lo que nos conduce a dificultades de interpretación, ya que no se puede llegar a comprender si queda algún elemento documental excluido, en razón a la amplitud del término «situación jurídica»”*. En la misma línea, SÁNCHEZ ÁLVAREZ opina que *“la utilización de la expresión «situación jurídica» de la sociedad, sólo puede explicarse por el ánimo omnicomprendivo de la fórmula elegida... La pretensión de enumerarlos en esta sede parece tarea inútil por su número y variedad”*⁹³⁵.

⁹³³ Vid. cita núm. 856.

⁹³⁴ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896).

⁹³⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos... cit., p. 118.

En relación con lo anterior, a pesar de la cláusula abierta contenida en el artículo 290 del Código Penal, como dije en el caso de los documentos que han de reflejar la situación económica de la sociedad, considero que, tomando las cuentas anuales como criterio interpretativo restrictivo, estos documentos se ceñirían a los enunciados en el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil⁹³⁶. Siendo esto así, son documentos que dan a conocer la situación jurídica de la entidad, la escritura de constitución⁹³⁷, los documentos que han de presentar los administradores al proceder a la modificación de los estatutos⁹³⁸ y el aumento y disminución de capital social⁹³⁹, y otras escrituras públicas, como las de emisión de obligaciones⁹⁴⁰; así como cualquier documento de los contenidos en el citado precepto del Reglamento que reflejen la imagen fiel de la situación jurídica de la entidad.

En relación con estos documentos, mención especial debe hacerse del programa de fundación en la constitución sucesiva de las sociedades anónimas, esto es, los supuestos en los que con carácter previo al otorgamiento de una escritura de constitución de una sociedad anónima, se hace una promoción pública de las acciones⁹⁴¹. En tales casos, se exige que los promotores

⁹³⁶ Vid. cita núm. 859.

⁹³⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., p. 188; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos...” cit., p. 116.

⁹³⁸ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 54; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., p. 188; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 57; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos...” cit., p. 722; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos...” cit., p. 116; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “El alumbramiento...” cit., p. 1.056; o VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos...” cit., p. 430.

⁹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., p. 57; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 39; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos...” cit., p. 117; o VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos...” cit., p. 430.

⁹⁴⁰ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., p. 54; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., “Los Delitos...” cit., p. 116.

⁹⁴¹ Artículo 41 de la Ley de Sociedades de Capital.

comuniquen a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el proyecto de emisión de acciones, debiendo redactar igualmente el mencionado programa de fundación, cuyo contenido deberá ser acorde a lo preceptuado en el artículo 42 de la Ley de Sociedades de Capital⁹⁴², y que será depositado tanto en la propia Comisión, como en el Registro Mercantil, junto con el correspondiente folleto informativo, siendo posteriormente publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil su depósito y la posibilidad de consultarlo tanto en la Comisión Nacional del Mercado de Valores como en el propio Registro Mercantil⁹⁴³.

Aunque la mayoría de la doctrina se muestra a favor de la inclusión del programa de fundación como posible objeto material del artículo 290 del Código Penal⁹⁴⁴, PÉREZ VALERO opina⁹⁴⁵, contrariamente, que a pesar de tratarse de

⁹⁴² Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 42. Programa de fundación.

1. En la fundación por suscripción pública, los promotores comunicarán a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el proyecto de emisión y redactarán el programa de fundación, con las indicaciones que juzguen oportunas y necesariamente con las siguientes:

- a. El nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio de todos los promotores.*
- b. El texto literal de los estatutos que, en su caso, deban regir la sociedad.*
- c. El plazo y condiciones para la suscripción de las acciones y, en su caso, la entidad o entidades de crédito donde los suscriptores deberán desembolsar la suma de dinero que estén obligados a entregar para suscribirlas. Deberá mencionarse expresamente si los promotores están o no facultados para, en caso de ser necesario, ampliar el plazo de suscripción.*
- d. en el caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, en una o varias veces, el programa hará mención suficiente de su naturaleza y valor, del momento o momentos en que deban efectuarse y, por último, del nombre o denominación social de las aportantes. En todo caso, se mencionará expresamente el lugar en que estarán a disposición de los suscriptores la memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración de las aportaciones no dinerarias previsto en esta Ley.*
- e. El Registro Mercantil en el que se efectúe el depósito del programa de fundación y del folleto informativo de la emisión de acciones.*
- f. El criterio para reducir las suscripciones de acciones en proporción a las efectuadas, cuando el total de aquellas rebase el valor o cuantía del capital, o la posibilidad de constituir la sociedad por el total valor suscrito, sea este superior o inferior al anunciado en el programa de fundación.*

2. El programa de fundación terminará con un extracto en el que se resumirá su contenido”.

⁹⁴³ Así el artículo 43 de la Ley de Sociedades de Capital.

⁹⁴⁴ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., pp. 52 y 53; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., p. 376; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24ª. Delitos... cit., p. 722; o VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 430.

un documento de innegable trascendencia, dado que en el mismo se anuncian todas las condiciones jurídicas de la oferta de acciones que se lanza al Mercado a efectos de fundar la sociedad, sin embargo no puede constituir el objeto material del delito en tanto que las sociedades que se fundan a través de la fundación sucesiva, a diferencia de las que lo hacen a través de la fundación simultánea, no tienen encaje en el concepto de sociedad en formación, pues ésta comienza en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución y el programa de fundación tiene lugar “*con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad anónima*”⁹⁴⁶, de tal forma que la falsificación del programa de fundación no puede entenderse comprendido en el ámbito del delito de falsedad contable, por cuanto éste se refiere únicamente a la falsedad cometida en las sociedades en constitución o en las ya constituidas.

En relación con lo anterior, considero que asiste la razón a PÉREZ VALERO. No hay duda que el programa de fundación sucesiva de las sociedades anónimas contiene una información muy concreta acerca de la situación jurídica previa a la constitución de la sociedad, pero no puede obviarse que, efectivamente, las sociedades se formalizan mediante el correspondiente contrato de organización, esto es, mediante la oportuna escritura de constitución, y que hasta entonces, no puede hablarse de la existencia de la sociedad ni tan siquiera de una “sociedad en formación”.

En este sentido, la sociedad en formación, regulada en los artículos 36 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, es aquella en relación a la cual ya se ha suscrito el correspondiente contrato de organización, a través de escritura

⁹⁴⁵ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 369 y 370. También pp. 227 y ss., acerca de las sociedades constituidas y en formación, en relación con el artículo 290 del Código Penal.

⁹⁴⁶ Así el artículo 19 del derogado texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, al que se refiere PÉREZ VALERO, I., en su disertación, texto coincidente con el del vigente artículo 41 de la Ley de Sociedades de Capital.

pública, pero que “*ha iniciado sus operaciones sociales antes de la inscripción*”⁹⁴⁷ en el Registro Mercantil. Siendo esto así, en consecuencia, los actos anteriores al otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad, como es el caso de los actos previos realizados por los promotores en los supuestos de la fundación sucesiva de la sociedad anónima, no pueden entenderse realizados por una sociedad mercantil con personalidad jurídica, ni tan siquiera de una sociedad en formación como he indicado, debiendo por tanto descartarse que el programa de la fundación sucesiva pueda constituir el objeto material del delito objeto de estudio, ya que el mismo tiene lugar antes de la escritura de constitución de la sociedad y por su parte el artículo 290 del Código Penal, exige que la falsedad tenga lugar en las sociedades constituidas o en formación, no cumpliéndose tampoco la previsión del artículo 297 del mismo texto, que exige que la entidad participe de manera permanente en el mercado, lo que por razones obvias no tiene lugar⁹⁴⁸.

Debe tenerse en cuenta además que, a pesar de que el programa de fundación está previsto que tenga acceso al Registro Mercantil y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su consulta pública y que, por tanto, su principal función es dar a conocer las condiciones fijadas para la suscripción de las acciones, sin embargo no se trata de un documento inscribible en la hoja registral de la entidad según el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil⁹⁴⁹, lo que por otra parte tampoco sería posible en tanto que la primera inscripción de la sociedad en dicha hoja registral debe ser la de su constitución.

⁹⁴⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...* cit., p. 332.

⁹⁴⁸ La derogada Ley de Sociedades Anónimas, establecía en sus artículos 14 y ss. de manera más nítida que la vigente Ley de Sociedades de Capital, que la sociedad en formación sólo podía tener lugar en el caso de la fundación simultánea de la entidad, y no en el caso de la fundación sucesiva.

⁹⁴⁹ Vid. cita núm. 856.

Por tanto, no es posible que el programa de fundación de la fundación sucesiva de las sociedades anónimas, pueda erigirse como objeto material del delito de falsedad contable, debiendo pensarse que los hechos netamente falsarios o los fraudulentos frente a los posibles accionistas, tendrían un mejor encaje en los delitos de falsedad documental y de estafa.

CAPÍTULO QUINTO

CONSUMACIÓN Y AUTORÍA

1. MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN.

La mayoría de los autores opina que el delito contenido en el artículo 290, se consume con la mera falsificación idónea del documento, sin que resulte preciso que acontezca el perjuicio patrimonial para la entidad, sus socios o terceros. Así lo expresan, entre otros⁹⁵⁰, MORENO CHAMARRO, para quien se trata de *“un delito tendencial que se consuma con la realización de la conducta falsaria en el documento, sin que sea necesario que se produzca el perjuicio económico”*⁹⁵¹, o MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO, al afirmar que *“el delito queda consumado con la realización de la conducta falsaria en el documento, sin que sea necesario que se produzca perjuicio económico alguno a la sociedad, ni a sus socios, ni tampoco a los terceros”*⁹⁵². Conducta falsaria

⁹⁵⁰ Por citar algunos, EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE (Bueyo Díez Jalón y Palomo Balda, colaboradores), *Responsabilidad de los administradores. Levantamiento de velo*, Madrid, 1998, p. 114; FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 123; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit.”, p. 2.218; o MORALES PRATS, F., “Capítulo XIII. De los delitos societarios”, en Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Navarra, 2011, pp. 966 y 970; o VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., “De los delitos societarios”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Pamplona, 2002, p. 918.

⁹⁵¹ MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 41.

⁹⁵² MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 267.

que, lógicamente, habrá de ser idónea para causar el perjuicio a las personas señaladas por el precepto⁹⁵³.

Sin embargo, frente a este aparente consenso, lo cierto es que pueden distinguirse dos opiniones bien diferenciadas: de una parte, un primer grupo de autores para los que la consumación del delito en la forma señalada, tiene lugar tanto en relación con el primer párrafo del artículo 290, como en relación con el del segundo⁹⁵⁴; y de otra parte, un segundo grupo de autores para quienes en el caso del segundo párrafo, la consumación del delito se produce cuando acontece el perjuicio económico⁹⁵⁵. Dicha diferenciación evidencia cómo para un grupo de autores, el primero, nos hallamos ante el mismo delito en ambos párrafos, pues no puede comprenderse de otra forma cuando el comportamiento es idéntico en uno y otro caso, y la consumación se produce, también en ambos, con la mera actividad de falsificar el documento de manera idónea para originar un perjuicio económico; perjuicio económico que debe considerarse, por tanto,

También la doctrina jurisprudencial. Vid., entre otras, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 9 de junio de 2014 (ARP 2014\682), o la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de febrero de 2011 (RJ 2011\2374).

⁹⁵³ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., pp. 123 y 124. MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 41. “La consumación delictiva se producirá por el hecho de falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, llegue a producirse o no el referido perjuicio”.

⁹⁵⁴ De los anteriores autores, EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE (Bueyo Díez Jalón y Palomo Balda, colaboradores), *Responsabilidad...* cit., p. 114, “Resulta innecesaria la causación efectiva de un daño. El delito es de mera actividad, consumándose tan pronto se produzca la falsificación, aunque el perjuicio no llegue a ser realidad”; y MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 41.

⁹⁵⁵ FARALDO CABANA, P., *El delito...* cit., pp. 123 y 124, cuando afirma que en relación con el primer párrafo del artículo 290, es suficiente con que la falsedad sea idónea pero no que acontezca el perjuicio económico, mientras que en el segundo párrafo “la efectiva causación del perjuicio supone la consumación”; o MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos...* cit., pp. 267 y 268, al afirmar que “el momento consumativo de la figura agravada (art. 290.II CP) viene fijado por la producción del perjuicio económico”. En su opinión, mientras que el apartado primero contiene un delito de mera actividad, el segundo un tipo agravado de resultado, “exigiendo en su consecuencia la satisfacción de todos y cada uno de los requisitos contenidos en el tipo básico, a lo que se añade la efectiva producción del perjuicio económico”.

completamente accesorio y que, a resultas, cuando se produce, simplemente conlleva la aplicación de una mayor penalidad, de acuerdo con la previsión contenida en el segundo párrafo del precepto, el cual se configura para estos autores como un subtipo agravado⁹⁵⁶. En el caso del segundo grupo de autores, esto es, quienes opinan que en el caso del párrafo segundo la consumación se produce con el perjuicio económico y no con la mera falsificación idónea, o bien estamos en presencia de un delito pluriofensivo, en el que junto con el patrimonio se estaría protegiendo otro interés de manera inmediata, lo que justificaría que, según el bien jurídico de que se tratara, el delito se consumiera en uno u otro momento, o bien se tratan de dos delitos distintos contenidos en un mismo precepto, uno de mera actividad y otro de resultado.

En relación con el primer grupo de autores, aquellos que entienden que estamos ante un único delito en el que el párrafo segundo constituye una forma agravada, como ya he indicado en líneas anteriores, opino que no es posible tal interpretación, en tanto que el párrafo segundo del artículo 290 no puede conformar un subtipo agravado del primero pues, para que ello fuera posible, sería necesario la concurrencia de una mayor antijuricidad o culpabilidad en aquél párrafo con respecto a éste, lo que sin embargo no tiene lugar, toda vez que una vez producida la falsedad idónea para la causación del perjuicio, el hecho de que éste finalmente se produzca no depende en modo alguno de la voluntad del autor. Si el momento de la consumación del delito es el mismo tanto en el párrafo primero como en el segundo, esto es, se produce con la falsedad del documento jurídico-económico idónea para causar el perjuicio económico, nuevamente se pone de manifiesto que el perjuicio patrimonial es un hecho futurible, objetivo, externo y desvinculado de la voluntad del autor, y por tanto

⁹⁵⁶ Así por ejemplo MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., p. 41, citado anteriormente dentro de este primer grupo de autores. También la doctrina jurisprudencial, en Sentencias tales como las del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\4339) o de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896), o como, la de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268).

del dolo y, por ende del tipo, lo que de nuevo conduce a la conclusión de que nos hallamos en presencia de una condición objetiva de punibilidad, tal y como he justificado en líneas anteriores. Por el contrario, no parece debidamente fundamentada la opción consistente en entender que ambos párrafos se refieren al mismo delito y que la consumación se produce en el mismo momento, y al mismo tiempo señalar que el párrafo segundo es un subtipo agravado del primero, admitiendo una mayor penalidad cuando acontece la lesión económica, que no depende sin embargo de la voluntad del autor, y más aún si cabe cuando se niegue que el patrimonio sea el bien jurídico protegido⁹⁵⁷.

Dentro del segundo grupo de autores, aquellos que afirman que la consumación en el segundo párrafo del artículo 290 tiene lugar cuando se produce el perjuicio económico, si lo que se opina es que nos hallamos en presencia de un delito pluriofensivo y que, por tanto, según el bien jurídico de que se trate, el delito se consumaría en uno u otro momento, primeramente debe descartarse que el patrimonio sea el bien jurídico protegido en ambos párrafos, aunque esté en compañía de otros intereses de protección directa, ya que, en primer término y, como también he indicado en líneas anteriores, siendo el primero un delito de mera actividad y el segundo uno de resultado lesivo en relación con el bien jurídico patrimonio, para la mayoría de estos autores no resulta dogmáticamente posible que el mismo comportamiento en relación con el mismo interés jurídico protegido, pueda tener lugar por omisión en el segundo párrafo pero no así en el primero; ello sólo sería posible en caso de entenderse que nos hallamos en presencia de dos delitos diferentes. Y en segundo lugar, porque aun entendiéndose posible que el patrimonio se tratara del interés directamente protegido en ambos párrafos, junto con otro bien jurídico en alguno de ellos, no podría ser entendido el primero un delito de peligro y el segundo de

⁹⁵⁷ Precisamente MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., pp. 19 a 22, niega que el bien jurídico protegido sea el patrimonio, señalando en su lugar “*el derecho de los socios o de terceros a que la información suministrada por la sociedad sea completa y veraz*”.

resultado lesivo en relación con el mismo bien jurídico patrimonio, pues sería tanto como imputar al segundo un resultado a título de dolo que deriva de la comisión de un delito de peligro doloso. En relación con ello, como ya señalé anteriormente, para la mayoría de la doctrina cuando existe un delito de peligro doloso, el resultado normalmente es imprudente y no doloso, pues el dolo de peligro sólo abarca la creación del riesgo desaprobado. La razón de la agravación del segundo párrafo no puede ser, por tanto, el resultado de delito de peligro, pues no hay más dolo en relación con el resultado que en relación con el contenido en la idoneidad de la falsedad para producir el perjuicio económico⁹⁵⁸.

De este modo, en relación con los autores que opinan que nos hallamos en presencia de un delito pluriofensivo, sólo sería “a priori” admisible que el patrimonio fuera bien jurídico protegido en ambos párrafos, cuando el primero constituyera una tentativa del segundo, lo que ni es señalado por los autores, ni sería posible en tanto que, como ya he señalado, no es admisible dogmáticamente que en el párrafo primero no puede producirse la modalidad omisiva y sí en el segundo. Siendo esto así, sólo sería “a priori” admisible que el patrimonio fuera el interés tutelado en el segundo párrafo, lo que sin embargo sería tanto como afirmar que se tratan de dos delitos diferentes, lo que no es admitido ni apuntado por este sector doctrinal. En este sentido, afirmar que en el párrafo primero se está protegiendo un bien jurídico distinto del patrimonio y en el párrafo segundo el patrimonio, tampoco permite superar el problema planteado, pues, de nuevo, teniendo en cuenta que la única diferencia entre ambos párrafos consiste en la causación del perjuicio económico, no podría mantenerse que el primer párrafo sea una tentativa de la conducta descrita en el

⁹⁵⁸ Empleando mis propias palabras de páginas anteriores, en función del principio de culpabilidad, no puede haber pena sin dolo o culpa y, en relación con ello, no puede afirmarse que exista mayor dolo en el segundo párrafo que en el primero, pues lo esencial en el presente delito, el elemento fundamental que lo define y lo excepciona de la atipicidad de las falsedades ideológicas cometidas por los particulares, es la idoneidad de la falsedad para producir el perjuicio patrimonial, de tal forma que no puede exigirse al autor de la misma un conocimiento mayor con respecto al perjuicio que el de la idoneidad de su conducta para producirlo.

segundo, que resulta aplicable cuando no se alcanza el resultado lesivo para el patrimonio, que sin embargo no se protege en el primer párrafo, ni que el segundo párrafo sea un subtipo cualificado del primero, que opera cuando efectivamente se ha causado tal perjuicio, de nuevo porque el patrimonio no se protege en el primer párrafo. Es evidente que ni el perjuicio económico forma parte de los elementos de la tipicidad de este delito, ni el patrimonio es el bien jurídico protegido en el mismo.

Encuentro además significativo en orden a justificar el planteamiento que hago del perjuicio económico como condición objetiva de punibilidad, el criterio de MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO⁹⁵⁹, autores a los que me he referido en líneas anteriores, cuando de una parte señalan que el segundo párrafo constituye un subtipo agravado del primero como consecuencia de la causación del perjuicio económico, pero de otra parte afirman que el patrimonio no configura el bien jurídico protegido en el artículo 290, no pudiendo entonces hablarse ni tan siquiera de un mayor ataque al interés inmediatamente tutelado como justificación de la mayor pena. La única explicación posible es que el perjuicio económico se trata de una condición objetiva de punibilidad. Del mismo modo, el planteamiento expuesto tanto en relación con el momento de la consumación del delito, como en relación con la existencia de una condición objetiva de punibilidad, encuentra un claro paralelismo en otras figuras del Código Penal, como es el caso de las antes ampliamente referidas en líneas anteriores contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, de los artículos 305 y 307. Como pone de manifiesto GÓMEZ PAVÓN, tras analizar el momento de la consumación en el delito de defraudación a la Seguridad Social, en la misma línea que el delito fiscal, y justificar que el bien jurídico protegido en dicha figura no es el patrimonio de la Seguridad Social, sino la función recaudatoria de la misma, “*el delito del artículo 307 del Código Penal deberá*

⁹⁵⁹ MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, p. 267.

entenderse consumado cuando se omita la información precisa a la Seguridad Social para que esta pueda cumplir con dicha función, sin que sea necesario de un resultado lesivo”⁹⁶⁰. El perjuicio patrimonial a la Administración de

⁹⁶⁰ GÓMEZ PAVÓN, P., “La regularización... cit., p. 571.

Siguiendo la exposición de la autora de referencia hacia dicha conclusión y la doctrina por la misma citada en el caso del delito contra la Seguridad Social, *ibídem.*, pp. 569 y ss., algunos autores consideran que el denominador común de los comportamientos contenidos en el mencionado precepto consiste en el hecho de que la conducta delictiva se consuma cuando tiene lugar el perjuicio económico derivado de acción fraudulenta (BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., *El delito... cit.*, pp. 565 y ss.; CHARRAZA QUINTO, M^a.A., *Delitos... cit.*, pp. 251 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la Democracia*, Barcelona, 1996, pp. 105 y ss.); otros fijan la consumación cuando queda evidenciada la conducta fraudulenta sin que sea posible el desistimiento, lo que tiene lugar cuando acontece el perjuicio económico para la Tesorería General de la Seguridad Social y sin que haya demorar al tiempo de la liquidación definitiva (SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., “Artículo 305 del Código Penal”, en Serrano González de Murillo y Cortés Bechiarelli, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2002, p. 86); y para otros la consumación tiene lugar, de forma semejante a los que sucede en el delito fiscal, cuando se produce la omisión de la autoliquidación o la presentación de una autoliquidación falsa o manipulada (CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Consumación y prescripción del delito fiscal”, en *Actualidad Penal*, núm. 10, Madrid, 2000, p. 225. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El delito de defraudación a la Seguridad Social”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. J. (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Madrid, 2001, p. 166), tras la cual se produce el impago. Afirma GÓMEZ PAVÓN, P., que “todas estas tesis parten de la consideración del delito de elusión de las cuotas de la Seguridad Social, al igual que se hace con el delito fiscal, como de resultado constituido por el perjuicio para el patrimonio de la Seguridad Social, supone el impago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta, el disfrute indebido de devoluciones de las mismas o de deducciones indebidas por cualquier concepto. El delito previsto en el artículo 307 del Código Penal sería de esta forma un delito patrimonial; contra el patrimonio de la Seguridad Social, siendo la cuantía de las cuotas, deducciones, devoluciones o demás incluidos en el tipo de resultado, que debería por consiguiente ser abarcado por el dolo del autor”. Sin embargo, dice la autora, “A esta tesis cabe objetar que realmente el artículo 307 del Código Penal no protege la totalidad del patrimonio de la Seguridad Social, sino sólo el relativo a la función recaudatoria, con exclusión de la vertiente del gasto”, descartando por tanto que dicho patrimonio configure el objeto de tutela inmediata y que su lesión sea el resultado del delito. Y en cuanto a los autores que opinan que el bien jurídico protegido no consiste en el patrimonio de la Seguridad Social, sino en la función recaudatoria de la misma, la cual permite garantizar el cumplimiento por el Estado de sus funciones sociales (DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Delitos... cit.*, p. 57), la figura del artículo 307 se configura también como un delito de resultado. Frente a dicha opinión discrepa igualmente GÓMEZ PAVÓN, P., al considerar que la falta de ingreso de la cuota o la realización del resto de conductas del artículo 307, en verdad no lesionan el cumplimiento de las funciones sociales del Estado, dado que una defraudación de este tipo por sí sola no es capaz de poner en riesgo el cumplimiento de esas funciones sociales, no pudiendo por tanto admitirse, en consecuencia, que el interés directamente tutelado sean las funciones sociales del Estado, sino únicamente la función recaudatoria de la Seguridad Social, la cual si bien se lesiona por la falta de ingreso de las cuotas o por la opacidad de la información, sin embargo ello no ocurre de forma relevante a los efectos del Derecho penal, en atención a los especiales medios con los que cuenta dicha institución para lograr el pago de la deuda. Concluye la autora de referencia que el delito defraudatorio contra la Seguridad Social, se entenderá consumado cuando se produzca una omisión de la información necesaria a la Seguridad Social para que la misma pueda cumplir con la función recaudatoria, sin que sea preciso un resultado lesivo.

Seguridad Social no constituiría por tanto el resultado del delito, y la cuantía contenida en el artículo 307, no estaría abarcada por el dolo del autor, no siendo un elemento del tipo, sino que se trataría de una condición objetiva de punibilidad⁹⁶¹.

Puede concluirse que la totalidad de la doctrina se muestra unánime, en relación con la consumación del delito, en el caso del primer apartado del artículo 290, al afirmarse que no es necesario que se origine el perjuicio, sino que basta con que se haya creado la situación idónea para causarlo⁹⁶², mientras que en el caso de párrafo segundo, un sector doctrinal opina que la consumación tiene lugar igualmente cuando acontece la falsedad idónea, mientras otro sector afirma que ello sucede cuando se produce el perjuicio económico. En mi opinión, en coherencia con lo dicho a lo largo de la presente investigación, la consumación de este delito viene relacionada con la falsedad idónea para causar un perjuicio económico de los documentos jurídicos y económicos, cuya función sea dar a conocer la situación real de la entidad.

⁹⁶¹ A favor de que la cuantía de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social constituyan condiciones objetivas de punibilidad, entre otros, ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos...* cit., p. 103; BACIGALUPO ZAPATER, E., “El delito fiscal”...cit., pp. 482 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...* cit., pp. 292 y ss.; BUSTOS RUBIO, M., *La regularización...* cit., p. 83; el mismo, “Más allá...”, cit., p. 209; FERRÉ OLIVÉ, J.C., *El delito...* cit., pp. 191 y ss.; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...* cit., pp. 272 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito...” cit., (en prensa, Ed. Bosch); MUÑOZ CONDE, F., “El error...” cit., pp. 379 y ss.; o PÉREZ MANZANO, M. y MERCADER UGUINA, J.R., “El delito...” cit., pp. 169 y ss. En contra, también entre otros, ASÚA BATARRITA, A., “El delito...” cit., pp. 285 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Delitos...* cit., p. 58; BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., *Derecho...* cit., p. 185; BOIX REIG, J. y MIRA MIRAVENT, J., *Los delitos...* cit., p. 72; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El delito...* cit., pp. 487 y ss.; CHAZARRA QUINTO, M^a.A., *Delitos...* cit., pp. 239 y 240; CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...* cit., p. 1014; GÓMEZ RIVERO, M^a.C., *El fraude...* cit., pp. 212 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., “La configuración...” cit., pp. 145 y ss.; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Los delitos...* cit., pp. 64 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (PG) cit., pp. 573 y ss.; o SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a.B., “El delito...” cit., pp. 315 y ss.

⁹⁶² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones...* cit., p. 284; GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones...* cit., p. 511; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos...* cit., pp. 199 y 200, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos...* cit., p. 122; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho...* cit., p. 542.

Dicho lo anterior y al margen de la postura que se adopte al respecto, igualmente se afirma con carácter general por la doctrina que a efectos de la consumación no es suficiente con la falsedad idónea o, en su caso, con el perjuicio económico, sino que igualmente resulta preciso un segundo elemento, que el documento falsificado haya entrado en el tráfico mercantil⁹⁶³, lo que deja a la vista un nuevo punto de desencuentro en la doctrina. Mientras que, como vengo manteniendo, la entrada del documento en el tráfico mercantil tiene lugar cuando se produce su publicidad en el Registro Mercantil⁹⁶⁴, la mayoría de los autores sitúa dicho momento, al menos en el caso de las cuentas anuales, al tiempo de su presentación en la Junta General de socios⁹⁶⁵. También en este sentido, entre otras, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2006, señala que la consumación del delito se produce con la falsedad, siendo irrelevante que las cuentas sean finalmente o no aprobadas en la Junta⁹⁶⁶. Por su parte, FERNÁNDEZ TERUELO⁹⁶⁷ rechaza que la consumación

⁹⁶³ GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, p. 510; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual... cit.*, p. 330. También FARALDO CABANA, P., *El delito...cit.*, p. 123, que en este sentido expone cómo cuando el documento contable no llega a ingresar en el tráfico jurídico-económico, no puede resultar idóneo para perjudicar a la sociedad, sus socios o terceros.

⁹⁶⁴ Este parece el criterio que recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), que expresamente hace referencia a la publicidad que proporciona a los documentos de las sociedades el Registro Mercantil, y la necesidad de que el documento falsificado objeto material del delito, haya tenido entrada en el tráfico jurídico.

⁹⁶⁵ Así entre otros, FARALDO CABANA, P., *El delito...cit.*, p. 123, para quien “la aptitud lesiva para todos los sujetos pasivos puede afirmarse desde el momento en que las cuentas anuales salen de la órbita interna del órgano de administración”. O GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones... cit.*, pp. 510 y 511.

⁹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 14 de julio de 2006 (RJ 2006\6088).

⁹⁶⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, pp. 201 y 202. “Para determinar el momento de consumación del delito, deben distinguirse varios supuestos: En primer lugar, ya sabemos que tal momento será distinto según que se tome en consideración el art. 290.1 o el 290.2, ya que en el primer caso como hemos visto es suficiente que exista una potencialidad lesiva, mientras que en el segundo se exige una efectiva lesión patrimonial. Además, también habrá de tomarse en cuenta cuál es el documento falseado, ya que si la falsedad se lleva a cabo sobre las cuentas anuales, parece

se produzca en el momento del depósito de los documentos o, en el caso de las cuentas anuales, cuando son aprobadas por la Junta, sino que *“la consumación tendrá lugar en el momento en que esos documentos previamente falseados pudieran ser conocidos a través de medios lícitos por los eventuales perjudicados, ya que es entonces cuando la aptitud lesiva puede manifestarse”*.

En mi opinión, de una parte, como he señalado en líneas anteriores, no puede obviarse la importante función que desempeña el Registro Mercantil en relación con la trascendencia probatoria de los documentos que con carácter obligatorio han de ser inscritos en el mismo, debiendo tenerse en cuenta que, una vez producido el acceso registral de los documentos jurídicos o económicos de la entidad, se genera una legítima expectativa de veracidad esencial para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado; y de otra parte, como expondré a continuación al abordar el objeto material del delito, teniendo en cuenta la finalidad de los documentos falsificados de dar a conocer o hacer pública la información sobre el estado económico y/o jurídico de la sociedad, precisamente sólo podrán ser objeto material de esta figura delictiva aquellos documentos que por imperativo legal o reglamento, tengan como misión reflejar el estado económico y/o jurídico de la entidad. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 21 de julio de 2014, en

razonable entender que la potencialidad lesiva surgirá una vez que dichas cuentas pueden ser consultadas por los socios; así, en el caso de las S.A. a partir de la convocatoria de la Junta General, ya que es entonces cuando cualquier accionista puede obtener de la sociedad los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma y el informe de los auditores de cuentas (art. 212 LSA). Igualmente, el criterio no puede ser el mismo respecto a los terceros, ya que para ellos no se prevé la posibilidad de consulta de las cuentas. El conocimiento por parte de los terceros de la información contenida en las mismas y por tanto la aptitud lesiva puede surgir una vez que las mismas se depositen. Si dicho depósito no se produjera el delito en su primer inciso podría consumarse una vez que transcurra el plazo previsto para el mismo. Dicha falta de depósito puede ser germen de la aptitud dañina, si finalmente se demuestra que las cuentas eran falsas a efectos del art. 290”.

Vid. también FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., p. 152, que expresamente rechaza que la consumación del delito tenga lugar *“cuando los documentos sean posteriormente aprobados por la junta general o llevados a su inscripción en el Registro Mercantil”*.

referencia a la de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2003, hace referencia expresa a ello, al señalar acerca del objeto material del delito que, además de las cuentas anuales, deben incluirse “...*en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado*”⁹⁶⁸ y bajo publicidad registral⁹⁶⁹.

En este sentido, habrá de estarse exclusivamente a los documentos y actos de inscripción registral obligatoria, a efectos de su conocimiento público general, toda vez que el Registro cumple esta función de publicidad, como elemento esencial de los deberes de veracidad y transparencia, necesarios para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y de la economía de mercado. Debe añadirse igualmente que, como también referí en anteriores líneas, los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, constituyen un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, por cuanto afectan a un bien supraindividual o colectivo, el correcto funcionamiento de las sociedades y, por ende del tráfico jurídico, a través de la función que en las mismas desempeñan los documentos, y no de carácter individual o particular, de tal forma que parece más lógico atender a las reglas generales relativas al funcionamiento de estas

⁹⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 21 de julio de 2014 (ARP 2014\1246). También la de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489), la del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2012 (RJ2012 9453), la de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762), la de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009 (JUR 2009\261692), o la de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 11 de julio de 2008 (ARP 2008\524), entre otras. Y en igual sentido, pero más extensamente, de nuevo entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098), al señalar que “*Se trata pues de aquellos documentos a los que las entidades mercantiles están obligados a hacer públicos ya en el recto funcionamiento de una economía que exige que los distintos agentes económicos y financieros se atengan al principio de buena fe, dentro del que cabe incluir el de la «veracidad» de los datos que sobre su situación económica vengan obligados a hacer públicos, ya que de nada serviría imponer obligaciones de publicidad, para general conocimiento de los agentes del mercado, si no fueran acompañados de paralelos deberes de transparencia y veracidad*”.

⁹⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 25 de octubre de 2007 (JUR 2008\78653) y las en ella citadas.

entidades y, en este contexto, al papel que desempeña el Registro Mercantil⁹⁷⁰. Los documentos sobre lo que podría producirse la falsedad, deberían ser únicamente aquellos de naturaleza mercantil y acordes con la definición penal de documento, que de forma legal o reglamentaria tengan como misión o función característica, mostrar y dar a conocer de manera fiel el estado global económico-jurídico de la entidad, y cuya falsedad sea suficiente para poner en peligro los intereses patrimoniales descritos por el precepto y, al mismo tiempo, lesionar el bien jurídico protegido a través de esta figura. En relación con ello, el conocimiento de tales documentos debe producirse necesariamente a través del Registro Mercantil, de tal forma que sólo los documentos cuyo registro o inscripción presente carácter obligatorio, podrán conformar el objeto material del delito, pues, como he expuesto con anterioridad, será esa publicidad registral la que genere una fuerza probatoria “erga omnes” de la que se derivará una expectativa de veracidad, esencial para el adecuado y correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado.

En resumen, la consumación del delito societario contenido en el artículo 290 del Código Penal, tiene lugar cuando se produce por el administrador de hecho o de derecho la falsedad de los documentos cuya función es reflejar la situación jurídica y/o económica de la entidad, siempre que resulte idónea para producir un perjuicio económico a la propia sociedad, sus socios o terceros que puedan relacionarse con la misma, y una vez que dichos documentos hayan sido incorporados al tráfico jurídico⁹⁷¹, mediante su publicación en el Registro

⁹⁷⁰ También opinan MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos... cit.*, pp. 246 y 249, que nos hallamos en presencia de un delito que atenta contra el orden económico y no contra el patrimonio, si bien apuntando a un bien jurídico protegido consistente, no en la funcionalidad del documento, sino en el interés que para el orden social y económico constitucional tiene que la información que han de publicar las sociedades (datos sometidos a un deber de publicación) sea veraz.

⁹⁷¹ Sobre la necesidad de que el documento falseado se haya incorporado al tráfico mercantil, vid. por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009 (JUR 2009\261692) antes citada.

Mercantil. En tanto no se produzca la publicación registral de los documentos falsificados de forma idónea para la causación del perjuicio patrimonial, no podrá considerarse consumado el delito de falsedad en los documentos sociales, poniéndose de manifiesto nuevamente el carácter excepcional y restrictivo que presenta esta figura delictiva.

2. AUTORÍA.

En materia de autoría, resulta necesario detenerse en varios aspectos de interés, además de los ya comentados en epígrafes anteriores.

2.1. Delimitación de los supuestos de autoría en atención al deber del administrador.

En primer lugar, resulta obligado detenerse en la exposición de GARCÍA CAVERO en relación con la figura del administrador de hecho, como autor del delito de falsedad contable⁹⁷². El autor de referencia que, como ya he señalado en líneas anteriores, considera que el delito societario descrito en el artículo 290 del Código Penal, debe ser catalogado como de infracción de deber⁹⁷³, distingue seguidamente los supuestos de deber de información interna y externa⁹⁷⁴.

En el caso de la “*información interna debida*”, se refiere a los informes sociales que, de acuerdo con la normativa reguladora de la entidad de que se trate, deben presentar los administradores a los socios o propietarios, lo que lleva

⁹⁷² GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, pp. 215 y ss.

⁹⁷³ *Ibidem.*, pp. 216 y ss.

⁹⁷⁴ *Ibidem.*, pp. 221 y ss.

consigo el deber de veracidad respecto del contenido de los mencionados informes. En estos supuestos de delitos cometidos en el seno de la empresa, GARCÍA CAVERO afirma que mientras que en caso de los administradores de derecho, no existen dudas de cara a la atribución de la autoría, cuando estos administradores llevan a cabo la falsedad contable, en tanto que, con su nombramiento, asumen un conjunto de obligaciones, entre las que se halla el deber de veracidad de la información que transmiten a través de los documentos, por el contrario, en el de los administradores de hecho, la cuestión no es tan sencilla, pues la ineficacia o inexistencia de su nombramiento puede arrojar dudas sobre si han de responder o no como los administradores de “iure”.

En relación con esta cuestión, GARCÍA CAVERO opina que, efectivamente, es preciso distinguir a aquellos administradores de hecho con nombramiento defectuoso, de los que fácticamente asumen las funciones de administración, siendo atribuible únicamente responsabilidad, en relación con el artículo 290 del Código Penal, a aquéllos, pero no a éstos, toda vez que el nombramiento, a pesar de ser defectuoso, despliega unos efectos que no se producen en el supuesto de la actuación de un sujeto al margen de todo nombramiento, concluyendo que *“el sujeto que desempeña fácticamente el cargo de administrador con el consentimiento o tolerancia de los socios no puede... ser sancionado por este delito. No existe, en este caso, un nombramiento como tal –incluso defectuoso– que justifique la atribución de deberes específicos. El consentimiento fuera de sus maneras jurídicas de ser expresado no es fuente de obligaciones institucionales y, en todo caso, puede también interpretarse como una renuncia de los socios a individualizar estos deberes específicos en una persona determinada. Por otro lado, también excluyo como posibles autores de este delito al sujeto que se arroga unilateralmente las funciones de administración y aquél que tiene una simple preponderancia sobre el administrador de derecho. En estos dos últimos casos, el deber de comunicar la situación de la empresa simplemente no existe, pues ni siquiera se ha creado*

la expectativa en los socios de recibir de ellos información social veraz legalmente establecida”⁹⁷⁵.

Por su parte, en el caso de la “*información externa debida*”, opina GARCÍA CAVERO que, en relación con la información social que ha de ser presentada en el Registro Mercantil, únicamente podrán ser autores del delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, los administradores de derecho, dado que otro tipo de administrador estará imposibilitado jurídicamente para cumplir por sí mismo con tal obligación, si bien en el caso de organismos de control, acepta que igualmente puedan responder los administradores de hecho que tengan nombramiento defectuoso⁹⁷⁶.

En relación con este planteamiento, ya he expresado mi parecer en cuanto al hecho de que el delito descrito en el primero de los delitos societarios, efectivamente debe ser catalogado como de infracción de deber. Dicho lo anterior, en relación con la distinción que el autor de referencia hace, en cuanto a la falsificación de los documentos en el ámbito interno de la entidad y en el ámbito externo o registral, opino que tal diferenciación es acertada⁹⁷⁷. Sin embargo, refiriéndome en primer lugar a la “*información interna debida*”, de acuerdo con lo que he venido manteniendo a lo largo de la presente investigación, considero, de una parte, que sí es posible extender a todos los administradores de hecho el deber de veracidad o lealtad, y de otra parte, que no obstante esta posibilidad, sin embargo no tiene encaje en el presente delito de

⁹⁷⁵ Ibídem., p. 222.

⁹⁷⁶ Ibídem., p. 223. En referencia a otra figuras que pueden ser consideradas alcanzadas por el concepto de administrador de derecho, NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 375, señala hacia esta misma idea, al indicar que “*en el caso de las cuentas anuales y de los otros documentos sociales, mencionados en el art. 290 Código penal, uno de estos requisitos es que vayan firmados por determinadas personas, ya sean administradores, liquidadores, promotores, fundadores, etc., que serán los únicos que podrán confeccionarlos y dotarlos de eficacia*”.

⁹⁷⁷ Expresamente también lo ha señalado FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, p. 128.

falsedad contable, la alteración de los documentos cometida a nivel interno. Me referiré a continuación a cada una de estas cuestiones y posteriormente en ulterior apartado sobre autoría.

En relación con la posibilidad de extender a todos los administradores de hecho el deber de veracidad o lealtad y, por tanto, que dicho deber no sea únicamente exigible a los administradores de hecho que presentan un nombramiento defectuoso, como he señalado en líneas anteriores, el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a los presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores, resuelve la cuestión, pues afirma expresamente, en su apartado primero, que los administradores de derecho responderán frente a la sociedad, los socios y terceros, del daño que causen por los actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo; deberes que son señalados y definidos en los artículos anteriores al mencionado 236 de la norma mercantil, entre los que se incluye, concretamente, el deber de lealtad. Asimismo, el apartado tercero de igual precepto, previene que *“la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho, tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*. Partiendo de esta regulación previa y extrapenal, me inclino por considerar que sí resulta exigible a todos los administradores de hecho el deber de lealtad o veracidad, incluyendo tanto a los que actúan sin título alguno, como a los que dirigen a los de derecho, pues de acuerdo con el literal del precepto señalado, concurre también en estos administradores ese deber que necesariamente ha de ser observado en la labor de administración, y cuya ignorancia supone la razón de la imputación de la consiguiente responsabilidad penal, como ya he señalado, al

entender que nos hallamos ante un delito catalogable como de infracción de deber.

Dicho lo anterior, en mi opinión, no tiene encaje en el presente delito de falsedad contable la alteración de los documentos cometida a nivel interno en la entidad, sino únicamente a nivel externo o registral. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de noviembre de 2008⁹⁷⁸, “*La imagen fiel de la sociedad que deben reflejar esos documentos [las cuentas anuales y el resto de documentos jurídico-económicos de la entidad con esa misión] es, como es claro, independiente de su aprobación por las juntas*”. Cuando abordé el estudio del bien jurídico protegido en el artículo 290 del Código Penal, llegué a varias conclusiones que en este momento resultan oportunas recordar: primera, que nos hallamos ante un delito de falsedad documental, consistente, con carácter general, en faltar a la verdad en la narración de los hechos por parte de las personas encargadas de confeccionar los documentos que han de servir para dejar constancia del estado real económico o jurídico de la entidad mercantil, configurándose esta figura, por tanto, como una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares sobre documentos mercantiles. El hecho de que el artículo 392.1 excluya la falsedad ideológica como modalidad comisiva, implica que el artículo 290 es, además, una excepción en el tratamiento de los documentos mercantiles, acercándolos en este supuesto concreto al tratamiento que se proporciona a los documentos públicos y oficiales en el artículo 390 de la norma penal; segunda, que el bien jurídico protegido es, únicamente, la funcionalidad de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsificación, tanto en el caso de las falsedades documentales genéricas de los artículos 390 y siguientes del Código Penal, como en el supuesto particular de la falsedad en los documentos contables del artículo 290, funcionalidad que tienen los documentos como instrumentos esenciales en

⁹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009\45).

el desarrollo del tráfico jurídico y la economía de mercado, y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en los mismos; tercera, que el patrimonio, o mejor dicho, la idoneidad para causar un perjuicio patrimonial, lejos de ser un bien protegido de forma inmediata, es un elemento de la tipicidad que sirve para acotar o limitar los supuestos en los que debe operar una excepcionalidad a la atipicidad de la falsedad ideológica, excepcionalidad que trae su causa en el desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo, sin que por tanto la misma se deba, específicamente, a una protección del patrimonio de forma directa; cuarta, que si bien no existe un derecho a la verdad, por el contrario, teniendo en cuenta la función probatoria de los documentos y el papel clave que tienen como instrumentos al servicio de las relaciones jurídicas y sociales, sí puede afirmarse la existencia de un deber de veracidad de los administradores con respecto a la información hecha constar en los documentos económicos y jurídicos de las entidades mercantiles que participan de manera permanente en el mercado, deber de veracidad que alcanza esa especial relevancia en virtud precisamente de la importancia que tiene la seguridad del tráfico jurídico y la economía de mercado, además de encontrarse actualmente previsto por la normativa mercantil, y que se halla directamente relacionado con las funciones y las actuaciones propias de su cargo, cuya elusión o ejecución de forma incorrecta, enlaza directamente con la falsedad ideológica en la que consisten generalmente los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal; quinta, que especialmente relevante es la razón de ser y utilidad del documento en cada caso concreto, lo que en el supuesto del artículo 290, se concentra en la función de dar a conocer a los socios, acreedores y terceros, la situación económica y jurídica de la entidad, de tal manera que la falsedad que dañe esta labor de información será siempre punible, cuando resulte idónea para perjudicar económicamente a los destinatarios de la citada información. De este modo, el bien jurídico consistente en la funcionalidad del documento, sirve para delimitar el ámbito de aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación junto con el elemento de la idoneidad

para causar un perjuicio económico, lleva a afirmar que únicamente los documentos cuya función consiste en dar a conocer la situación económica y jurídica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito; sexta, que en relación con ello, no puede obviarse la importante función que desempeña el Registro Mercantil en relación con la trascendencia probatoria de los documentos que obligatoriamente han de ser inscritos en el mismo, debiendo tenerse en cuenta que, una vez producido el acceso registral de los documentos jurídico-económicos de la sociedad, se genera una legítima expectativa de veracidad esencial para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado; y séptima, que los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, constituyen, en consecuencia, un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, por cuanto afectan a un bien supraindividual o colectivo, y no de carácter individual o particular.

Teniendo presente estas conclusiones alcanzadas en torno al bien jurídico protegido, también resulta preciso en este momento, traer a colación algunas de las conclusiones vertidas en relación con el objeto material del delito estudiado: primera, que mientras que en el caso de las cuentas anuales no existe margen de duda de que se trata de uno de los posibles objetos materiales del delito de falsedad contable, ya que así se dice en el propio precepto, por el contrario la cláusula abierta contenida en el mismo ha originado una polémica en la doctrina y en la jurisprudencia, en cuanto a qué otros documentos quedarían abarcados por la previsión del artículo 290.1 del Código Penal “*otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*”; segunda, que al margen de este debate doctrinal y sin perjuicio de un análisis de los posibles documentos que potencialmente podrían conformar el objeto material del delito, cabe concluir que los documentos sobre los cuales podría producirse la falsedad, deberían ser aquellos de naturaleza mercantil y respetuosos con la definición penal de documento, que legal o reglamentariamente tengan como misión o función característica, reflejar y dar a conocer fielmente el estado global

económico y/o jurídico de la entidad, y cuya falsedad sea capaz de poner en peligro los intereses patrimoniales descritos por el precepto y lesionar el bien jurídico protegido a través de esta figura; y tercera, que en este sentido, el conocimiento de tales documentos debe producirse necesariamente a través del Registro Mercantil, de tal forma que sólo aquellos documentos cuyo registro o inscripción sea obligatoria, podrán conformar el objeto material del delito, pues será esa publicidad registral, y no otra, la que genere una fuerza probatoria “erga omnes” de la que se derivará una expectativa de veracidad, esencial para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado⁹⁷⁹. En consecuencia, como ya dije en su momento, no todos los documentos de carácter contable o jurídico tienen por objeto reflejar de manera fiel el estado económico o legal de la entidad de que se trate y, en consecuencia, no responden a un propósito de información sobre tal estado o situación, sino que sirven a otros fines distintos. A modo de ejemplo, ponía el caso de los libros de contabilidad, siguiendo la misma línea argumental de PÉREZ VALERO⁹⁸⁰, en relación a los cuales su razón de ser no es dar a conocer el estado de la contabilidad de las sociedades, sino que se tratan de meros instrumentos del empresario que responden a la obligación de una llevanza completa y ordenada de la contabilidad empresarial, según mandato del artículo 25 del Código de Comercio, pero sobre los cuales no pesa un derecho de información ni tan siquiera por parte de los socios, destacándose contrariamente por el artículo 32 del citado Código, que se trata de una información de carácter secreto, de donde fácilmente puede

⁹⁷⁹ Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de abril de 2006 (JUR 2006\152688), “*En cuanto a la tercera alegación relativa a una pretendida vulneración del art. 290 del Código Penal, asimismo, se rechaza, pues el Juez de instancia, desestima adecuadamente dicha petición, al entender que no se había acreditado que la conducta fuese idónea para causar un perjuicio reconocido a la sociedad, a los socios o a un tercero, como exige el precepto. En efecto, tal y como se indica por el juzgador a quo, el documento no fue suficiente para producir un perjuicio, ya que no dio lugar a su acceso al Registro Mercantil, además de resultar imposible, al no estar presentadas las cuentas correspondientes, como expone acertadamente el juzgador de instancia*”.

⁹⁸⁰ PÉREZ VALERO, I., *El delito... cit.*, pp. 345 y ss.

deducirse que su función no es dar a conocer el estado que presenta la economía de la entidad y, por tanto, que deben excluirse del ámbito del objeto material del delito aquellos documentos que, como este, corresponden a la contabilidad interna de la sociedad. En este sentido, reiterando lo dicho en líneas anteriores, habrá de estarse al contenido del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, que establece los documentos y actos de inscripción registral obligatoria, a efectos de su conocimiento público general; Registro que cumple esta función de publicidad, de acuerdo con los principios de veracidad y transparencia que han de prevalecer, en pro del correcto funcionamiento del tráfico jurídico y de la economía de mercado y, por consiguiente, en mi opinión, en la misma línea que el objeto material del presente delito societario.

Por último, en correspondencia con lo concluido en torno al bien jurídico protegido y al objeto material del delito, debo de nuevo hacer hincapié en que los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, constituyen un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, por cuanto afectan a un bien supraindividual o colectivo, el correcto funcionamiento de las sociedades y, por ende, del tráfico jurídico y de la economía de mercado, a través de la función que en las mismas desempeñan los documentos, y no de carácter individual o particular, de tal forma que parece más lógico atender a las reglas generales relativas al funcionamiento de estas entidades y, en este contexto, al papel que desempeña el Registro Mercantil.

En resumen, de una parte, siendo el bien jurídico protegido en el artículo 290 la funcionalidad del documento a resultas alterado, que se centra en la posibilidad de dar a conocer el estado económico y jurídico real de la entidad, lo que tiene lugar mediante su publicación en el Registro Mercantil, y de otra parte, considerando objeto material del delito únicamente los documentos cuya función sea reflejar “erga omnes” precisamente la situación jurídico-económica de la misma, que se corresponden con aquellos que tienen acceso obligado al Registro

Mercantil “ex” artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, puede concluirse que la falsedad descrita en el artículo 290 del Código Penal, únicamente puede tener lugar en relación con lo que GARCÍA CAVERO denomina “información externa debida”⁹⁸¹, esto es, en relación con los documentos que han de ser presentados en el Registro Mercantil, pues dichos documentos, a través de ese Registro, son los llamados a hacer público y “erga omnes”, el estado legal y económico de las empresas que participan en el mercado, razón además que justifica que nos hallamos ante un delito atentatorio contra el orden socio-económico y que en el mismo se proteja la funcionalidad de estos documentos.

El hecho de que el delito de falsedad contable del artículo 290 no pueda tener lugar, por los motivos expresados, cuando se produce la alteración de los documentos a nivel interno, sino únicamente a nivel externo o registral, lleva indefectiblemente a plantearse desde el esquema realizado por GARCÍA CAVERO⁹⁸², la aparente dificultad en materia de autoría, toda vez que, como mantiene el citado autor⁹⁸³, la falsedad en los documentos jurídicos o contables que han de ser publicados en el Registro Mercantil, sólo podría ser realizada por el administrador de derecho, en tanto que será el único que pueda materialmente proceder a su presentación ante el Registrador Mercantil. En mi opinión, este planteamiento no es correcto. Es cierto que será el administrador de derecho el único capaz de presentar las cuentas anuales y el resto de documentos señalados en el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, pero a mi modo de ver, esta vinculación no impide que los administradores de hecho puedan ser autores del delito. En caso contrario, y en coherencia con la tesis que vengo manteniendo a lo largo del presente trabajo, ello supondría la necesidad de proponer de “lege

⁹⁸¹ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, p. 223.

⁹⁸² *Ibidem.*, pp. 215 y ss.

⁹⁸³ *Ibidem.*, p. 223.

ferenda”, la supresión en el precepto de la mención que se hace a los administradores de hecho.

Contrariamente, como justificaré a continuación, la realización del comportamiento descrito en el primero de los delitos societarios, podrá ser efectuada por los administradores de hecho, si bien siempre deberá producirse junto con la intervención administrador de derecho, en tanto que es el único capaz de proceder a presentar materialmente ante el Registro Mercantil, las cuentas anuales y el resto de documentos de necesaria inscripción, no obstante lo cual, se trata de una cuestión que merece el debido tratamiento.

2.2. El problema de la autoría en el artículo 290 del Código Penal.

Como consecuencia del anterior planteamiento, parece que no está claro, al menos “a priori”, de qué forma debe resolverse este capítulo relativo a la autoría, en relación esencialmente con el llamado administrador de hecho. Trataré a continuación de analizar distintas posibles soluciones para seguidamente hacer una toma de postura, si bien, con carácter previo, considero imprescindible hacer un breve repaso, recapitulación o síntesis de todo lo que acabo de exponer, a fin de hacer una propuesta coherente al resto de cuestiones ya analizadas.

Como he justificado de forma reiterada, y en el mismo sentido que la mayoría de la doctrina, el artículo 290 del Código Penal se trata de un delito especial propio, de tal forma que sólo podrá ser cometido por quien ostente la cualidad de administrador de derecho o de hecho, cuyo alcance ya he expuesto igualmente en líneas anteriores. Asimismo, a diferencia de la mayoría de la doctrina, he condicionado el delito a su encuadramiento como delito de infracción de deber, descartando que se trate de un delito de dominio del hecho,

en este caso de forma contraria a la opinión mayoritaria de los autores, de tal forma que el criterio básico de imputación de la responsabilidad en esta figura, será el deber previo y extrapenal que se localiza en la legislación mercantil, de entre los previstos en los artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital⁹⁸⁴, esencialmente en el artículo 227, lo que es relevante, ya no tanto en

⁹⁸⁴ Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 225 Deber general de diligencia.

- 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.*
- 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*
- 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.*

Artículo 226 Protección de la discrecionalidad empresarial.

- 1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.*
- 2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.*

Artículo 227 Deber de lealtad.

- 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*
- 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.*

Artículo 228 Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.*
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.*
- c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.*
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.*
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.*

Artículo 229 Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.*
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.*
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.*
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.*
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.*
- f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.*

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Artículo 230 Régimen de imperatividad y dispensa.

1. El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

3. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

relación con el administrador de derecho, que lo es, sino verdaderamente en relación con el administrador de hecho, al cual, como también he señalado y justificado, le es de plena aplicación. Junto con estas dos cuestiones, esto es, que estamos ante un delito especial propio y que nos hallamos en presencia un delito de infracción de deber, un tercer elemento esencial en la definición de esta figura delictiva, viene marcada por el bien jurídico protegido, el cual es, en mi opinión, únicamente, la funcionalidad de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsedad, que no es otra, en el contexto de las sociedades y entidades mercantiles que participan de forma permanente en el mercado, que el hecho de servir de instrumentos legales para reflejar “erga omnes” (ante la propia sociedad, sus socios y terceros potenciales interesados o acreedores) la imagen fiel y real de la persona jurídica, teniendo en cuenta que las entidades mercantiles son el esencial agente motor de la economía de mercado y, por tanto, protagonistas del correcto funcionamiento del tráfico jurídico-económico y la economía del país. Siendo

Artículo 231 Personas vinculadas a los administradores

1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

- a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.*
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.*
- c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.*
- d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.*

2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.*
- b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.*
- c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.*
- d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.*

Artículo 232 Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.

El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”.

esto así, en coherencia con este razonamiento, el objeto material del delito se presenta como cuarto elemento delimitador del delito materia de estudio, en tanto que sólo podrán ser tales, los documentos que están legalmente llamados a mostrar la situación real y fiel de las personas jurídicas, tanto desde un punto de vista económico o contable, como desde un punto de vista netamente jurídico o legal, documentos que no son otros que, insisto, los señalados en el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, esto es, aquellos que obligatoriamente han de ser inscritos y, en consecuencia, publicitados, teniendo presente en este sentido cuál es precisamente la función que cumple el Registro Mercantil en relación con el tráfico jurídico y el correcto funcionamiento de la economía de mercado. Razones que me han llevado indefectiblemente a calificar el delito como atentatorio contra el orden socioeconómico⁹⁸⁵.

⁹⁸⁵ En coherencia con la no consideración del artículo 290 del Código Penal como un delito atentatorio contra el patrimonio, he descartado que el bien jurídico protegido lo sea precisamente el patrimonio de la entidad en la que se produce la falsedad, el de sus socios o el de terceros que puedan relacionarse con la misma, ni tan siquiera en compañía de otro interés de inmediata protección, como pueda ser la propia función de los documentos alterados, o el derecho de información, entre otros. De la misma forma, este razonamiento y construcción del delito, me ha llevado a concluir que el posible perjuicio económico que se enuncia en el precepto, la idoneidad de la falsedad para que éste tenga lugar, se configura como un elemento del tipo que sirve para delimitar la intervención del Derecho penal a los supuestos más graves y atentatorios contra los bienes jurídicos más importantes, que se han hecho merecedores por ello de la debida protección por esta rama del Ordenamiento jurídico, en atención a que las normas extrapenales existentes, no son suficientes a tal fin protector y de salvaguarda. Intervención última que es coherente con la excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por particular sobre documento mercantil, precisamente en atención a la relevancia que alcanza el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado, esto es, en definitiva, la economía y el bienestar del Estado. Excepción limitada además a los supuestos en los que ese particular sea el administrador de derecho o de hecho de la entidad, a determinados documentos mercantiles (no a todos, sólo a los que necesariamente han de ser publicado en el Registro Mercantil, por estar llamados a dar conocimiento del estado real y fiel de las entidades que participan de manera permanente en el mercado) y a aquellos comportamientos capaces de causar además, un perjuicio de carácter económico a cualquier persona. Falsedad documental contextualizada, además, únicamente, por los motivos señalados, en el ámbito de los delitos societarios, y no en otros, resaltando de nuevo su carácter excepcional y lo concreto de su objeto de protección.

Este planteamiento me ha llevado finalmente a considerar, de manera innovadora entre las opiniones doctrinales, que la mayor penalidad que se introduce en el párrafo segundo del artículo 290 del Código Penal, cuando finalmente se constata un perjuicio económico para la sociedad, los socios o terceros, se trata en realidad de una condición objetiva de punibilidad, la cual responde única y exclusivamente a razones de política-criminal del legislador, pues el delito se consuma cuando se produce la presentación de los documentos en el Registro Mercantil, siendo por ello un delito de resultado (que se concreta en la lesión de la función del documento), sin que el autor del mismo

Como acabo de señalar en líneas anteriores, dos consecuencias fundamentales se desprenden del planteamiento expuesto: una, que la consumación del delito tendrá lugar cuando se produzca la presentación de los documentos en el Registro Mercantil; y otra, que no habrá delito cuando dichos documentos no se presenten en el mismo. Dicho de otra manera y empleando el esquema propuesto por GARCÍA CAVERO⁹⁸⁶, en mi opinión, sólo resultará relevante la falsedad de los documentos que se produzca a nivel externo, pero no a nivel interno en la entidad, lo que redundará nuevamente en el carácter excepcional de la figura objeto de estudio. Esta precisión conlleva, en relación con la consumación del delito, que, como igualmente señala GARCÍA CAVERO⁹⁸⁷, sólo pueda cometerlo, “a priori”, el administrador de derecho, dado que es el único capaz de presentar la documentación de la entidad en el Registro Mercantil. Este punto de vista tiene, por tanto, como digo, sus importantes repercusiones en materia de autoría, las cuales trataré de abordar a continuación, después de esta sucinta recapitulación, no pudiendo desoírse en este momento los argumentos a favor de la inclusión de la figura del administrador de hecho en la tipificación de los delitos societarios, tendentes precisamente a cubrir las lagunas de impunidad que se habían venido produciendo en tiempos pasados⁹⁸⁸.

realice ningún movimiento más tendente a producir dicho perjuicio, el cual podrá llegar o no finalmente, lo que será ajeno a su voluntad, no pudiendo en consecuencia decirse que el perjuicio económico sea un elemento de la tipicidad y que, en consecuencia, pueda ser alcanzado por el dolo del autor. Y siendo esto así, y no protegiéndose el patrimonio en ningún caso, carece de sentido albergar una mayor penal para el administrador responsable, de tal forma que, de “lege ferenda”, resulta necesaria la supresión del párrafo segundo del primero de los delitos societarios objeto de estudio.

⁹⁸⁶ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad...* cit., pp. 221 y ss.

⁹⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 222 y 223.

⁹⁸⁸ Por citar algunos autores, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 58; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* cit., p. 137; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...* cit., pp. 45 y 46; NIETO MARTÍN, A., *El delito...* cit., p. 269; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., pp. 355 a 357; o PÉREZ VALERO, I., *El delito...* cit., p. 270.

2.2.1. Posible aplicación del artículo 31 del Código Penal.

El artículo 31 del Código Penal, al que me he referido al abordar los criterios de imputación de la responsabilidad, es el empleado por un principal sector de la doctrina⁹⁸⁹ para justificar en determinados supuestos la atribución de responsabilidad en calidad de autor, al administrador de hecho que realiza el comportamiento descrito en el artículo 290. Debe tenerse en cuenta que el artículo 31, permite atribuir responsabilidad a los administradores de derecho, a los administradores de hecho, al que actúa como representante legal o voluntario de persona física o jurídica, y al que actúa en nombre del órgano de administración (actuación por delegación en lugar de otro)⁹⁹⁰, lo que conlleva la posibilidad de tener como autor del delito de falsedad contable a los que actúan de “facto” en el contexto de las personas jurídicas, siempre que el sujeto ostente el dominio social típico, pudiendo aplicarse a partir de este planteamiento, las reglas generales de autoría y participación aplicables a los delitos especiales⁹⁹¹.

Por tanto, aunque como ya he indicado y ha defendido parte de la doctrina, la mención expresa que se hace a los administradores de hecho y de derecho en el artículo 31 del Código Penal, alude a un ámbito penal diferente de la mención que se hace en el caso de los delitos societarios⁹⁹², en tanto que en aquel precepto

⁹⁸⁹ Sobre esta cuestión, vid. por todos GALLEGU SOLER, J.I., “El concepto... cit., p. 170.

⁹⁹⁰ *Ibidem.*, p. 170.

⁹⁹¹ Esta es la conclusión a la que llega, entre otros, FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 214 y ss., al señalar que “*El art. 31 CP añade a los supuestos en los que se obra en representación legal o voluntaria de una persona jurídica los casos de actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro, esto es, de otra persona física. Si se entiende la actuación en nombre de otro como algo distinto y menos formal que la actuación en representación de otro, cabría integrar en el art. 31 CP los casos de actuación fáctica en lugar de otro, que vendría a significar para las personas físicas el equivalente a la administración de hecho en el ámbito de las personas jurídicas. Por lo demás, las reglas generales de autoría y participación aplicables a los delitos especiales permanecen inalteradas para las actuaciones en otro lugar.*”

⁹⁹² Así entre otros, ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA

nos hallamos ante una previsión específica, vinculada a los delitos especiales propios, que habilita la aplicación del tipo a quien ha sido su autor (al investirle de las cualidades o características específicas que se requieren para poder ser autor del mismo, las cuales “a priori” no reúne, lo que es posible cuando dichas cualidades de autoría las tiene la persona física o jurídica a la que representa el actor material), mientras que en el caso de los delitos societarios, se refiere a las personas que resultan idóneas para cometer el ilícito penal, al reunir directamente las cualidades de autoría precisas según el tipo.

El esencial criterio de imputación del administrador de hecho en el artículo 31 del Código Penal, consiste en que quien realiza el hecho, ostente el dominio social típico⁹⁹³ y, consecuentemente, la capacidad de, cuando menos, poner el peligro el bien jurídico protegido penalmente, colocándose en la misma relación jurídica con respecto al bien inmediatamente tutelado, que la que ostenta quien sí reúne las cualidades especiales necesarias para ser autor del hecho delictivo. Asimismo, junto con este principal criterio de imputación, deben concurrir las siguientes circunstancias: el autor debe actuar en representación o por cuenta de otra persona física o jurídica; la persona por la que se actúa no ha de poder ser responsable penal, pese a concurrir en ella las cualidades especiales que el tipo exige como delito especial propio; y, en todo caso, debe tener lugar el hecho típico, antijurídico y culpable de la misma forma que viene definido en el tipo de que se trate.

PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 195; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Administradores... cit., pp. 144 y 145; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., p. 348; o NIETO MARTÍN, A., *El delito...* cit., p. 269.

⁹⁹³ Por citar algunos, vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código...* cit., p. 3005; o GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad...* cit., p. 220; o también SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Fundamentos...* cit., pp. 127 y 128, para quien el artículo 31 del Código Penal, que contempla “el actuar en lugar de otro”, facilita la imputación de responsabilidad penal a quienes se encuentran integrados en la estructura jerárquica de las personas jurídicas, en atención al criterio material de ostentar el dominio social típico, de tal forma que, junto con el administrador de derecho, se contempla la figura del administrador de hecho. Artículo 31 que, además, incluye el supuesto de “actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro”, ya persona física o jurídica.

El dominio social típico como principal criterio de imputación, permite concluir a los autores partidarios de la catalogación del delito de falsedad contable como de dominio del hecho, que tanto en el supuesto del artículo 31, como en el del 290, se estaría atendiendo al mismo criterio de imputación y, asimismo, en ambos preceptos el administrador de hecho estaría ocupando la misma posición que ostenta el administrador de derecho, en relación con el objeto de tutela inmediata. En resumen, para la mayoría de la doctrina, que considera que el artículo 290 contiene un delito de dominio del hecho, no habría problemas para mantener, en principio, que, al igual que en el caso del artículo 31 del Código Penal, se produce igualmente un traslado al administrador de hecho de las cualidades necesarias para poder ser autor de la falsedad contable, delito especial propio, ostentando el dominio social del hecho y la posición de garante con respecto al bien jurídico protegido. Sin embargo, al considerar que la figura del artículo 290 no se trata de un delito de dominio del hecho, sino de un delito infracción de deber, la conclusión a la que se llega es la contraria, pues, a diferencia de lo que sucede en el artículo 31 de la norma penal, en el caso del delito societario el principal criterio de imputación no consiste en ostentar el dominio social típico, sino en la existencia de un deber previo y extrapenal, el cual es desatendido, por lo que los criterios de imputación desde esta óptica, no son los mismos en uno y otro caso y, por tanto, no puede afirmarse que sean trasladables del artículo 31 al 290 del Código Penal, por lo que la solución de aquel precepto en materia de autoría, no es predicable de este otro.

2.2.2. Posibilidad de apreciar una autoría mediata.

Teniendo en cuenta que el único capaz de llevar a cabo la presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, entre otra documentación, es el administrador de derecho, sólo pueden producirse en torno al artículo 290 del

Código Penal, las siguientes situaciones: una, que el administrador de derecho realice el hecho delictivo por sí mismo, valiéndose o no de un tercero no cualificado para la confección de la documentación; y dos, que el administrador de hecho emplee al administrador de derecho para que presente la documentación previamente falseada, con o sin ayuda de un tercero, ante el Registro Mercantil.

Analizando el primero de los supuestos, obviando la realización del delito en exclusiva por parte del administrador de derecho, por cuanto se trataría, sin más, de una autoría directa, cuando se valga de un tercero no cualificado para la confección de la documentación que luego presentará en el Registro Mercantil, no nos hallaríamos, en mi opinión, ante un supuesto de autoría mediata, pues el tercero no actuaría como instrumento realizador inmediato del delito, toda vez que las cuentas anuales serían presentadas por el propio administrador de derecho; circunstancia que lleva necesariamente a la conclusión de que la situación descrita, se trata de una mera participación del tercero en el delito del administrador de “iure”, toda vez que no concurrirían en aquél todas las condiciones personales necesarias para ser considerado coautor⁹⁹⁴, al no acontecer en el artífice de las cuentas el principal criterio de imputación de responsabilidad, esto es, el deber de veracidad y/o lealtad, no siendo por ello abarcado por el concepto de administrador de hecho, y sin que le fuera trasladable en virtud del artículo 31 del Código Penal la citada cualidad, por los motivos que he señalado en líneas anteriores.

Resta analizar el segundo de los supuestos, que el administrador de hecho emplee al administrador de derecho para que presente la documentación previamente falseada, ante el Registro Mercantil.

⁹⁹⁴ Como señala MIR PUIG, S., *Derecho... cit.*, p. 405, “En cuanto verdadero autor, todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. El interviniente no cualificado no puede ser coautor, sino sólo partícipe”.

Como señala MIR PUIG⁹⁹⁵, las razones con carácter general que permiten la imputación del hecho como autor al hombre de atrás y no al realizador material del mismo, pueden deberse, bien a que el realizador material actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación, lo que ha sido provocado o aprovechado por el hombre de atrás para utilizar a aquél en una situación en la que no puede negarse a llevar a efecto el hecho, o bien que la actuación del realizador material no pueda realizar el tipo, aunque sí permitir que el hombre de atrás lesione el interés inmediatamente tutelado. Razones ambas, que normalmente concurren al tiempo en la mayoría de los casos.

Asimismo, el instrumento debería actuar sin antijuricidad o sin culpabilidad⁹⁹⁶. En el caso de la actuación carente de antijuricidad, puede traer su causa: a) en la falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo, lo que sucede cuando el realizador material actúa atípicamente, por haberlo hecho bajo engaño o violencia, o cuando resulta inidóneo para ser autor, esto es, se trata de instrumento doloso no cualificado; b) en la falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo, ya porque actúa sin dolo, ya porque falten en el mismo los elementos subjetivos del injusto requeridos por el tipo; c) en la concurrencia de causas de justificación, esto es, cuando el instrumento actúa justificadamente. Y en el caso de la actuación carente de culpabilidad, se trataría de los supuestos en los que el instrumento es inimputable, actúa por miedo insuperable o en error de prohibición.

Finalmente, debe tenerse en cuenta, entre los límites de la autoría mediata⁹⁹⁷, el consistente en la necesidad de que el sujeto reúna las condiciones requeridas por el tipo para ser autor, lo que en los delitos especiales supone que

⁹⁹⁵ Ibídem., p. 388.

⁹⁹⁶ Ibídem., pp. 389 y ss.

⁹⁹⁷ Ibídem., pp. 394 y 395.

sólo podrá cometer el delito en autoría mediata, quien reúna la necesaria cualificación. Resta añadir que, en todo caso, al autor mediato debe poder imputársele el hecho delictivo, y deberá ostentar el dominio de la voluntad del instrumento del que se sirve.

En el supuesto planteado del administrador de hecho que se vale del de derecho, que actúa como su instrumento, no parece posible la segunda de las razones apuntadas de cara a imputar el hecho al administrador de “facto”, esto es, que el realizador material no pueda llevar a cabo el tipo, pues, en este caso, el administrador de derecho, sí puede hacerlo, dado que se trata del administrador de la entidad y reúne las condiciones idóneas para ello. En consecuencia, la razón que permitiría, en su caso, la imputación del hecho al administrador no formal, debería residir necesariamente en la actuación del administrador de derecho instrumentalizado, ya sin libertad, ya carente de conocimiento de la situación.

Concretando lo anterior, en cuanto a la necesidad de que el instrumento actúe sin antijuricidad, debe descartarse la posibilidad de que sea por tanto inidóneo para ser autor, e igualmente, que actúe sin dolo o que falten en el mismo los elementos subjetivos del injusto requeridos por el tipo, teniendo en cuenta la posición de garante que ostenta en relación con el bien jurídico protegido; tampoco resulta sencillo imaginarse la existencia de causas de justificación en este caso, quedando únicamente como posibilidad la actuación bajo engaño o violencia, en definitiva, careciendo de conocimiento de la situación o de libertad como acabo de señalar. Y en cuanto a la posibilidad de que el instrumento actúe sin culpabilidad, descartándose la posibilidad de que el instrumento se trate de un inimputable, o que actúe bajo error de prohibición teniendo en cuenta su cargo⁹⁹⁸,

⁹⁹⁸ En este sentido, sobre el error de prohibición, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896), al analizar el supuesto objeto de tratamiento en vía casacional, hace referencia a la notoriedad para cualquier comerciante de lo no permitido por la norma en materia contable.

restarían los supuestos en los que actúa por miedo insuperable, esto es, de nuevo carente de libertad. Sin embargo, es plausible que no todos los supuestos de falsedad en las cuentas anuales por parte de los administradores de derecho, como supuestos autores instrumentales, podría justificarse en la existencia de esa coacción o violencia, o en una falta de conocimiento o engaño.

Admitida por tanto la posibilidad de apreciar una autoría mediata en la falsedad del administrador de hecho que se vale como instrumento del administrador de derecho, en los supuestos en los que éste último actúe sin antijuricidad, por hacerlo bajo coacción o engaño (en este segundo caso, piénsese por ejemplo en el propietario de la entidad que elabora las cuentas y que se las entrega al administrador de la misma, carente de todo conocimiento sobre contabilidad, haciéndole creer que las cuentas están correctamente formuladas⁹⁹⁹), y en los supuestos que lo haga sin culpabilidad, por actuar bajo miedo insuperable, teniendo en cuenta que, en estos casos, puede afirmarse la existencia de un dominio de la voluntad del administrador de derecho por parte del de hecho, al cual le es imputable el hecho delictivo y que presenta además las cualidades personales necesarias para poder ser responsable en concepto de autor, dado que al mismo le incumbe el deber de veracidad y/o lealtad en el que consiste el principal criterio de imputación de responsabilidad, la cuestión nos sitúa, por tanto, ante un escenario caracterizado por la existencia de un instrumento que actúa con dolo, pero que además es un instrumento cualificado.

⁹⁹⁹ Como señala NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 375, en la mayoría de las ocasiones, los administradores de las sociedades no son quienes elaboran directamente las cuentas anuales, fundamentalmente por falta del necesario conocimiento contable para ello, limitándose su intervención a plasmar su firma. Toda la documentación que conforma las cuentas anuales, realmente es elaborada por expertos fiscalistas, auditores, contables, economistas, etc., ajenos al órgano de administración de la entidad. En este sentido, recuerda la autora de referencia que a tenor de lo previsto en el artículo 25 del Código de Comercio, si bien la formulación de las cuentas anuales es una obligación personal de los obligados a ella, sin embargo no se trata de una obligación personalísima, de tal suerte que puede ser delegada en terceras personas, lo que sucederá en la mayoría de las ocasiones en atención a la referida usual falta de conocimiento de los administradores de las entidades mercantiles.

Siendo esto así, para el resto de supuestos tampoco podría ser aplicada la tesis del instrumento doloso no cualificado¹⁰⁰⁰, pues se requiere que el instrumento no presente idoneidad para ser autor del delito, lo que no sucede en el presente caso, tal y como acabo de señalar. Asimismo, dado que lo esencial en la autoría mediata es que el hombre de atrás ostente el dominio de la voluntad de la persona de la que se sirve como instrumento, podría considerarse acudir a la tesis de la autoría mediata en el seno de los aparatos organizados de poder, para comprobar si es posible su aplicación en el presente caso, en tanto que de acuerdo con la misma, el autor mediato conserva el dominio de la voluntad sobre el autor inmediato, el cual actúa con dolo y libremente, sobre la base de su fácil sustitución en caso de no querer realizar el hecho delictivo previamente ordenado por el hombre de atrás. Veamos si ello resulta posible.

Como expone PÉREZ CEPEDA¹⁰⁰¹, lo más usual en las estructuras organizadas es que las decisiones se produzcan a distancia y en un momento previo a la ejecución del delito, diferenciándose las personas que directamente ejecutan el hecho, de aquellas otras que han adoptado la decisión previa al

¹⁰⁰⁰ ROXIN fue el principal defensor de esta teoría. Vid. ROXIN, C., *Autoría... cit.*, pp. 280 y ss. De acuerdo con la misma, el autor mediato emplearía como instrumento a una persona cuya actuación es dolosa, pero que, por el contrario, no reúne la cualificación necesaria para ser autor del delito especial propio. Como señala NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 378, lo característico de estos supuestos es que el sujeto que actúa de instrumento, lo hace de manera plenamente responsable y con dolo, pese a lo cual se considera la existencia de la autoría mediata con base a que en los delitos especiales propios es autor aquel que infringe su deber específico, “por mucho que su aportación ejecutiva al hecho sea inexistente y por mucho que el dominio de la acción corresponda a una persona no cualificada”. De acuerdo con esta teoría, sustentada en razones de política criminal y con el fin de evitar situaciones de impunidad incomprensibles, el autor del delito lo sería el hombre de atrás o autor mediato, el cual presenta las cualidades que exige el tipo para ser autor del delito, mientras que el sujeto que actúa como instrumento doloso carente de tal cualificación personal, respondería en concepto de partícipe.

Vid. también, por citar algún autor más, BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en el Derecho penal*, Valencia, 2000, pp. 403 y ss., o PÉREZ CEPEDA, A.I., *La responsabilidad... cit.*, p. 407.

¹⁰⁰¹ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *Revista Penal*, núm. 9, Enero 2002, Valencia, 2002, pp. 113 y 114.

mismo, separación que acarrea dificultades de cara a la imputación de responsabilidad y en materia de autoría, planteamiento plenamente trasladable al supuesto de las empresas, pudiendo apreciarse dos supuestos diferenciados: el consistente en que por la dirección de la empresa o el órgano de administración se ordene a un subordinado la comisión de un hecho delictivo, que decide llevarlo a cabo, sin haber tomado parte en la decisión y planificación del mismo; y el consistente en la toma de decisión por parte del órgano de administración colegiado, de la realización de un hecho delictivo, el cual es posteriormente ejecutado por un miembro del propio órgano de administración, al que se le ha encargado expresamente su materialización. En estos supuestos, habrá que dilucidar si la responsabilidad de la dirección de la empresa o el órgano de administración, lo es a título de autor o de partícipe, lo que no parece presentar problemas en el primero de los supuestos expuestos, donde la doctrina se muestra pacífica en orden a imputar a los directores de las empresas el hecho delictivo en autoría mediata, cuando el delito llevado a cabo por el subordinado derive del plan diseñado por el órgano de dirección y el subordinado actúe sin antijuricidad, siendo problemático por el contrario el caso en el que el subordinado es plenamente responsable, supuesto en el que de conformidad con la teoría general de la autoría, los superiores responderían como inductores.

La tesis del dominio de la voluntad en las estructuras organizadas de poder tiene como precursor a ROXIN¹⁰⁰². Sin ánimo en este momento hacer una

¹⁰⁰² Vid. ROXIN, C., *Autoría... cit.*, pp. 165 y ss.; el mismo, *Derecho penal. Parte General. Tomo II... cit.*, pp. 111 y ss. Vid. también entre otros, AMBOS, K., “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en *THEMIS-Revista de Derecho*, núm. 37, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1998, pp. 175 a 194; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría..., cit.*, pp. 337 y ss.; DONNA, E.A., “El concepto de autoría y la Teoría de los aparatos de poder de Roxin”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2002, pp. 295 y ss.; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004; la misma, “Posibilidad de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, 2008; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, en el mismo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Montevideo-Buenos

profunda exposición de la tesis del autor, sino una sucinta referencia a la misma, ROXIN concluye¹⁰⁰³ que el dominio de la voluntad del sujeto de atrás, si bien puede residir en una coacción o en un error por parte del ejecutor material, sin embargo estas estructuras básicas de la autoría mediata, no son adecuadas para cubrir todas sus posibles formas¹⁰⁰⁴. De este modo, enuncia la tesis del “*dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas*”, caracterizada porque “*el sujeto de detrás tiene a su disposición una*

Aires, 2009, pp. 1 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, J., “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el «Dominio de la Organización»”, en Ferré Olivé y Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 99 y ss.; GARCÍA CAVERO, P., “La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11/2009, Giessen, 2009, pp. 596 y ss.; GARCÍA VITOR, E., “La Tesis del «Dominio del Hecho a través de los aparatos organizados de poder»”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2002, pp. 327 y ss.; LASCANO, J.C., “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2002, pp. 349 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Ferré Olivé y Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 151 y ss.; el mismo, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista Penal*, núm. 9, Enero 2002, Valencia, 2002, pp. 59 a 98; el mismo, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas al Derecho»?”, en *Revista Penal*, núm. 6, Valencia, 2000, pp. 104 a 114; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad... cit.*, pp. 182 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.I., “Criminalidad... cit.”, pp. 106 a 121; la misma, *La responsabilidad... cit.*, pp. 412 y 413; ROXIN, C., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Ferré Olivé y Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 197 y 198.

Como resume FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad... cit.*, pp. 25 y 26, ROXIN parte de la distinción de tres formas de dominio del hecho, a saber: dominio del hecho por acción, aplicable a los casos de autoría única inmediata; por la voluntad, aplicable a los de autoría mediata; y funcional, aplicable a los de coautoría. En el caso del dominio de la voluntad, el mismo puede asumir como modalidades: el empleo de un sujeto agente no libre, mediante el ejercicio de una presión motivadora sobre el realizador material, esto es, mediante el empleo de la coacción; el aprovechamiento del error del ejecutor; el aprovechamiento por superioridad psíquica e intelectual de inimputables y menores; o la realización en el seno de un aparato o estructura organizada de poder.

¹⁰⁰³ ROXIN, C., *Autoría... cit.*, pp. 269 y ss.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem.*, p. 271. ROXIN observa la actuación de los dirigentes nazis que dispusieron el exterminio de los judíos, comprobando cómo en los procesos de Nuremberg, no quedó acreditada la utilización de coacción por parte de aquéllos hacia sus subordinados, a fin de que llevaran a efecto dicho exterminio. De la misma forma, concluye que no es posible recurrir a la obediencia debida como causa de justificación, ni al error sobre la antijuricidad del hecho como consecuencia de la citada obediencia debida.

«maquinaria» personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor»¹⁰⁰⁵, siendo una organización que “funciona «automáticamente», sin que importe la persona individual de su ejecutor”¹⁰⁰⁶, y sin que sea preciso el empleo de medios coactivos o engañosos en relación con el realizador material, en tanto que “si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global”¹⁰⁰⁷. Por tanto, afirma ROXIN cómo “el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos... reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor”, esto es, en la fácil posibilidad de sustituir por otro al sujeto que sirve de instrumento para la realización material del hecho delictivo, lo que pone de manifiesto que no se produce una ausencia de libertad en la persona del ejecutante directo, que será responsable en concepto de autor¹⁰⁰⁸.

La tesis del dominio por organización enunciada por ROXIN, consiste, pues, en la realización del delito en autoría mediata por quien emite las órdenes en el seno de los aparatos organizados de poder o de las estructuras jerárquicas, pese a que el sujeto que ejecuta de manera inmediata el hecho delictivo sea responsable, siendo el fundamento el dominio de la voluntad, que se concreta en el dominio de la organización, que lleva aparejado un concepto extensivo del instrumento, sustentado en la posibilidad de su sustitución de forma automática, que será quien lleva a cabo directamente el hecho¹⁰⁰⁹. Requisitos de esta tesis son: que estemos en presencia de un aparato organizado de poder con una rígida

¹⁰⁰⁵ Ibídem., p. 270.

¹⁰⁰⁶ Ibídem., p. 272.

¹⁰⁰⁷ Ibídem., p. 272.

¹⁰⁰⁸ Ibídem., pp. 272 y 273.

¹⁰⁰⁹ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Criminalidad... cit., p. 114.

estructura jerarquizada; que exista una fácil fungibilidad o sustitución del autor inmediato, de tal modo que la organización parece que debe presentar una importante dimensión; y que el aparato de poder se haya separado del Ordenamiento jurídico, optando por la vía criminal como forma de actuar¹⁰¹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, se plantea por la doctrina la posibilidad de aplicar esta tesis a las empresas, entendidas éstas como estructuras o aparatos organizados de poder rígidamente jerarquizados, siendo la conclusión mayoritaria en la doctrina su no extensión a las entidades mercantiles. En este sentido, por la generalidad doctrina se afirma que la constitución de la empresa con fines lícitos, conllevaría la ausencia de fungibilidad del instrumento empleado por autor mediato¹⁰¹¹, aunque algunos autores le restan importancia a este requisito¹⁰¹². Igualmente, se viene afirmando que muy difícilmente puede admitirse que las empresas presenten una rígida estructura jerárquica¹⁰¹³, aunque

¹⁰¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, J., “Autoría... cit., p. 103.

¹⁰¹¹ Así, por citar algunos, AMBOS, K., “Dominio... cit., p. 157; FIGUEIREDO DIAS, J., “Autoría... cit., p. 106; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad... cit.*, pp. 184 y ss.; o PÉREZ CEPEDA, A.I., “Criminalidad... cit., p. 114. MUÑOZ CONDE, F., “Problemas...cit., p. 80, se refiere a este requisito, llegando a afirmar que la fungibilidad es el más complejo en orden a la aplicación de la tesis del dominio de la voluntad en las estructuras o aparatos organizados de poder, en el ámbito empresarial, precisamente porque los conocimientos que posee el sujeto que obra como autor inmediato, hace compleja su sustitución.

¹⁰¹² FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad... cit.*, pp. 309 a 311, señala, de una parte, que de la misma forma que existen organizaciones delictivas con muchos o pocos miembros, también existen empresas con muchos o pocos empleados, de tal forma que los sujetos podrían ser fácilmente intercambiables, al menos en el caso de las grandes empresas con un importante número de trabajadores; y de otra parte, que la necesidad de especiales conocimientos por parte del autor material del hecho delictivo, al menos en el contexto de los delitos contra el orden socioeconómico, que “a priori” conllevaría que no fuera sencilla la sustitución del instrumento por parte del autor mediato, sin embargo opina la autora de referencia que ello dependerá nuevamente el volumen de la plantilla de la empresa, de tal forma que en el caso de entidades de grandes dimensiones esta especialización no debería ser un problema de cara a la sencilla fungibilidad del ejecutor directo del hecho.

¹⁰¹³ AMBOS, K., “Dominio... cit., p. 157; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Autoría... cit., p. 12; FIGUEIREDO DIAS, J., “Autoría... cit., p. 106; o PÉREZ CEPEDA, A.I., “Criminalidad... cit., p. 115, entre otros.

también existen opiniones que afirman que se trata de un requisito aplicable a las mismas¹⁰¹⁴. Finalmente, el hecho de que las empresas no se constituyan con el objeto de llevar a cabo una actividad ilícita, supone, de una parte, que no se produzca el automatismo de funcionamiento que parece exigirse para el dominio de la organización, y de otra parte, que la entidad no actúe como un todo al margen del Ordenamiento jurídico¹⁰¹⁵, es decir, que no deviene en relación con la misma el requisito del necesario alejamiento del Derecho, a diferencia de lo que sucede en el caso de la delincuencia paraestatal y en el caso de las organizaciones criminales¹⁰¹⁶.

Parece, por tanto, de acuerdo con una opinión muy mayoritaria en la doctrina, que la tesis del dominio de la voluntad en las estructuras organizadas de poder, sería aplicable a la criminalidad a través de aparatos de poder estatal

De la misma manera, el hecho de que la mayoría de las ocasiones el autor inmediato se trata de una persona no cualificada carente de responsabilidad, pone de manifiesto para la doctrina las dificultades para considerar a las empresas como aparatos organizados de poder (FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad... cit.*, pp. 314 a 316; MUÑOZ CONDE, F., “Problemas... cit., p. 80), lo que no resultaría predicable en el supuesto que nos ocupa, en tanto que el administrador de derecho sí se trata de una persona cualificada y sobre la que pesa el deber de lealtad.

¹⁰¹⁴ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad... cit.*, pp. 312 a 314. Afirma la autora de referencia que el deber de obediencia es una evidente manifestación de la relación jerárquica que existe en las empresas.

¹⁰¹⁵ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad... cit.*, pp. 316 y 317; FIGUEIREDO DIAS, J., “Autoría... cit., p. 106; LASCANO, J.C., “Teoría... cit., p. 379; o PÉREZ CEPEDA, A.I., “Criminalidad... cit., p. 115.

¹⁰¹⁶ Autores como MUÑOZ CONDE, F., “Problemas... cit., pp. 78 y 79, o NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad... cit.*, pp. 182 y ss., han puesto de manifiesto, sin excesivo calado en la doctrina, que en el caso de la aplicación, en el contexto de las empresas, de la tesis del dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder, debería prescindirse del requisito del alejamiento del Ordenamiento jurídico. También FIGUEIREDO DIAS, J., “Autoría... cit., p. 106, admite ciertos supuestos en los que es posible aplicar la presente tesis a las empresas.

Mientras que el propio ROXIN, C., *Autoría... cit.*, pp. 276 y ss., se ha mostrado contrario a extender su tesis al ámbito de las empresas, el Tribunal Supremo Federal alemán sí la ha considerado aplicable a las mismas. Vid. ROXIN, C., *Autoría... cit.*, pp. 661 y ss., o BOLEA BARDÓN, C., *Autoría... cit.*, pp. 376 y ss.

organizado, y también a través de organizaciones criminales¹⁰¹⁷, pero no así en el caso de las empresas constituidas con fines lícitos, en el seno de las cuales tiene lugar, en un momento dado, una falsedad de las cuentas u otros documentos sociales, ya que, esencialmente, no existiría el necesario alejamiento del Ordenamiento jurídico¹⁰¹⁸. Es por ello que debo descartar la posibilidad de fundamentar la responsabilidad del administrador de hecho a través de una autoría mediata sustentada en la tesis del dominio de la voluntad en las estructuras organizadas y jerarquizadas de poder.

2.2.3. Posibilidad de apreciar una coautoría¹⁰¹⁹.

Descartada la tesis del dominio de la voluntad en los aparatos organizados de poder, procede comprobar si lo que sucede en estos casos, fuera de los señalados como de autoría mediata en los que el instrumento actúa bajo engaño o coacción, es que nos encontramos ante un supuesto de coautoría del administrador de hecho y del de derecho, habida cuenta de que este último actúa con dolo y se trata de un sujeto cualificado.

¹⁰¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Autoría... cit, p. 10; MUÑOZ CONDE, F., “Problemas... cit., p. 65.

¹⁰¹⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad... cit.*, pp. 324, concluye en este sentido que, “analizadas las críticas y objeciones a la consideración de la empresa como aparato organizado de poder la única relevante es la que alude a la actuación al margen del orden jurídico. Pero es suficiente para negar que en el marco de la empresa que no se dedica a la comisión de delitos como actividad exclusiva o principal, sino que se trata únicamente de una actividad ocasional o secundaria, exista esta forma de autoría mediata. Por tanto, en mi opinión la clase de estructuras organizada que da origen a los aparatos de poder no aparece únicamente en organizaciones estatales o paraestatales delictivas, sino también en empresas cuando se dedican a la comisión de delitos como actividad exclusiva o principal... Fuera de este supuesto de dedicación exclusiva o principal a la comisión de delitos no se dan los presupuestos del dominio de la organización en la empresa”. En igual sentido, la misma autora en “Posibilidad... cit., p.122.

¹⁰¹⁹ En general sobre la coautoría, vid. por todos, GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, 2006.

Partiendo de la autoría entendida como pertenencia del hecho, en la que el autor es quien lo realiza en condiciones tales que se le puede imputar como propio¹⁰²⁰, considero que puede atribuirse la falsedad en las cuentas anuales y el resto de documentos jurídico-contables de la entidad, tanto al que actúa abarcado por el concepto de administrador de hecho, llevando a cabo la alteración, como el que lo hace bajo el título o nombramiento de administrador de derecho, presentando ante el Registro Mercantil dichos documentos, teniendo en cuenta que ambos sujetos reúnen las condiciones precisas para poder ser autores del delito y que a ambos les incumbe el mismo deber de veracidad y lealtad, tal y como he justificado en líneas anteriores. Advierte no obstante MIR PUIG¹⁰²¹, que aunque resulta complejo conocer a quién corresponde la pertenencia del hecho cuando en el mismo intervienen varias personas que, además de causarlo, reúnen las condiciones típicas precisas (tanto dolo, como cualificación personal), sin embargo deben ser entendidos como coautores no sólo a los que formalmente llevan a cabo los elementos típicos, sino igualmente a los que aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. En palabras del autor de referencia, *“A todos ellos <<pertenece>> el hecho, que es <<obra>> inmediata de todos, los cuales <<comparten>> su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar”*¹⁰²². Ello permite fundamentar que a pesar de que el administrador de hecho no es quien presenta ante el Registro Mercantil las cuentas y el resto de documentos de necesaria inscripción, sin embargo la realización por su parte de la falsedad de los documentos, permite imputarle como suyo el hecho típico, a pesar de que el administrador de derecho sea quien finalmente actúe frente al Registrador mercantil, administrador de derecho que igualmente será autor, y por tanto coautor, en cuanto que aporta una parte esencial de la realización del tipo, la presentación de los documentos, y que lo

¹⁰²⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho... cit.*, p. 403.

¹⁰²¹ *Ibidem.*, p. 403.

¹⁰²² *Ibidem.*, p. 403.

hace dolosamente y concurriendo en su persona las condiciones precisas para ser autor.

La conclusión a la que indefectiblemente se llega es, de una parte, que el administrador de derecho será siempre autor del delito, tanto si realiza el hecho por sí mismo, con o sin ayuda de terceras personas no cualificadas, que serán partícipes, como si lo que hace es presentar las cuentas que prepara el administrador de hecho (supuesto de coautoría), salvo los casos de autoría mediata anteriormente enunciados en los que actúe como instrumento del administrador de hecho (supuestos de actuación bajo engaño o coacción). Y, de otra parte, que el administrador de hecho que lleva a cabo la falsedad de las cuentas y el resto de documentos, será igualmente autor del delito, si bien, salvo en los casos de autoría mediata a los que acabo de hacer referencia, su actuación será siempre en concurso con la del administrador de derecho (supuesto de coautoría), en virtud de la concepción de la autoría como la pertenencia del hecho. Es por ello que, como anuncié en líneas anteriores, discrepo de la opinión de GARCÍA CAVERO¹⁰²³ cuando señala, en relación con la “*información externa debida*”, esto es, que en relación con la información social que ha de ser presentada en el Registro Mercantil, únicamente podrán ser autores del delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, los administradores de derecho. Si bien es cierto que, como señala el citado autor, cualquier otro sujeto distinto del administrador de derecho estará imposibilitado jurídicamente para cumplir por sí mismo con tal obligación, sin embargo ello no es óbice para que el administrador de hecho pueda ser autor mediato o coautor del delito de falsedad en las cuentas anuales, tal y como lo he construido, fundamentalmente por la existencia del deber de veracidad y lealtad, teniendo en cuenta, además, que presenta las cualidades personales necesarias para ello.

¹⁰²³ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad... cit.*, pp. 222 y 223.

En caso contrario, de no admitirse desde el punto de vista dogmático la posibilidad de que el administrador de hecho pueda actuar como coautor del delito, la única alternativa sería considerar que se trata de un cooperador necesario del administrador de derecho, e inductor en lugar de autor mediato en los supuestos señalados en líneas anteriores, lo que llevaría aparejada la necesidad de proponer la supresión de “lege ferenda”, la mención que se hace al menos en el artículo 290 al administrador de hecho, pues en ningún caso podría ser autor del delito, sin que sea precisa su cita, como en cualquier otra figura, cuando únicamente su actuación puede tener lugar partícipe. Solución que, sin embargo, no parece la correcta, además de por los motivos ya expuestos a lo largo de este trabajo, puesto que iría en contra del espíritu que motivó su expresa inclusión en el precepto como posible autor del delito, evitar verdaderas situaciones de impunidad por quienes actúan “per se” como administradores, obviándose además la intención cierta del legislador cuando optó por la vigente redacción del precepto, donde inequívocamente es señalado como autor.

2.3. Breve referencia a los órganos colegiados.

Como ha señalado NUÑEZ CASTAÑO¹⁰²⁴, los supuestos en los que el órgano de administración consiste en un administrador único, son los menos frente a los casos en los que la administración y gestión de la entidad, está encomendada o en manos de un órgano colegiado. De este modo, el órgano de administración colegiado, el Consejo de Administración, cuando todos sus miembros firmen las cuentas anuales previamente falseadas, será quien, con su acción, constituya el delito, circunstancia que lleva a cuestionarse la

¹⁰²⁴ NUÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., pp. 381 y ss.

responsabilidad de las personas físicas que han tomado parte de la decisión del órgano colegiado¹⁰²⁵.

En relación con esta cuestión¹⁰²⁶, partiendo siempre de la actuación dolosa de los miembros del órgano de administración o consejeros, FARALDO CABANA¹⁰²⁷ distingue los supuestos de votación previa a la ejecución del delito, en virtud de la cual se ordena su realización, y los supuestos de votación posterior a la realización del delito, en la que se aprueban los documentos que han sido falsificados. En el primero de los casos, opina la autora de referencia que nos hallaríamos en presencia de un acto preparatorio impune, por no haberse previsto expresamente su punición, pues la decisión de realizar el delito no es todavía ejecución del mismo¹⁰²⁸; por el contrario, en el segundo de los supuestos señalados, entiende que la aprobación de los documentos falsificados sí supone una intervención en el delito, si dicha aprobación es condición necesaria para que pueda producirse su entrada en el tráfico jurídico-económico, dado que mientras no tenga lugar la citada a probación, la falsedad nunca podrá ser idónea para causar el perjuicio económico a la sociedad, los socios o terceras personas.

¹⁰²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 133, señalan que en los supuestos de decisiones unánimes de todos los miembros del Consejo de Administración, debe entenderse que cada uno de ellos conculca su propio deber (administrar diligentemente y de manera fiel y leal), siendo un supuesto de autoría múltiple, de manera que “*cada partícipe es autor de la infracción de su deber individual*”, sin que sea requisito que haya existido una decisión y ejecución conjunta.

¹⁰²⁶ Vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, pp. 127 y ss., o DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, pp. 107 y ss.

¹⁰²⁷ FARALDO CABANA, P., *El delito... cit.*, pp. 130 y ss.

¹⁰²⁸ En sentido contrario, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 132, al afirmar que si la votación consta regularmente documentada, se trata de un mandato de hacer que, en el contexto de la estructura compleja y de poder empresarial, debe ser más bien entendido como un acto de ejecución del hecho que como un acto preparatorio.

Partiendo de lo anterior, los miembros del órgano de administración que hubieran firmado la aprobación de las cuentas anuales falsificadas, siempre que se tenga conocimiento de ello (que no estemos en presencia de un supuesto de error de tipo), responderán en concepto de autor, debiendo en consecuencia excluirse a quienes se hubieran opuesto a las cuentas o abstenido, o quienes hubieran estado ausentes al tiempo de su aprobación¹⁰²⁹. En relación con la exclusión de la responsabilidad, de la misma que resulta preciso desde la normativa mercantil, que el administrador acredite, bien el desconocimiento de la falsedad, bien la expresa oposición o el intento de la evitación del daño, desde el punto de vista penal no será suficiente el cumplimiento de estas formalidades mercantiles de oposición, sino que deberá estarse al comportamiento y voluntad real del miembro del órgano de administración en el caso concreto¹⁰³⁰.

¹⁰²⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 384. En el mismo sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas... cit.*, pp. 113 y 114, señalan igualmente que serán autores todos los miembros del órgano de administración que voten a favor del acuerdo, al tiempo que advierten, al igual que otros autores, cómo resulta preciso diferenciar la coautoría del delito colegial, figura con origen en un sector de los autores italianos que no llegó a triunfar entre la doctrina, sustentada en la idea de la existencia de un delito en relación al cual el sujeto activo era la pluralidad de personas que actuaban conjuntamente bajo la estructura unitaria del órgano.

¹⁰³⁰ *Ibídem.*, pp. 384 y 385. BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 133, señalan que para obviar la responsabilidad penal debería incumplirse uno de los siguientes requisitos: “*posibilidad de evitar el resultado delictivo, creación o agravación del riesgo y concreción de éste en el resultado*”. La abstención del miembro disidente del órgano de administración no genera ningún riesgo, excepto en los supuestos de órganos colegiados en los que los acuerdos resultan vinculantes, siendo su omisión relevante si no actúa en orden a evitar el resultado, cuando efectivamente pudiera actuar.

CAPÍTULO SEXTO

TIPICIDAD SUBJETIVA

1. EL DOLO EN EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE.

El delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, sólo puede ser llevado a efecto de forma dolosa, toda vez que no se ha previsto la posibilidad de su comisión culposa¹⁰³¹.

Partiendo de la estructura que presenta el tipo objetivo, el dolo debe abarcar tanto el conocimiento de la falsedad que se realiza, como la idoneidad de la misma para causar el perjuicio económico a la sociedad, los socios o los terceros¹⁰³². Más ampliamente, NÚÑEZ CASTAÑO señala que el conocimiento

¹⁰³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos... cit., p. 211. Señala NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa...* cit., p. 470, que además de razones legales, desde el punto de vista dogmático tampoco sería posible que tuviera lugar el delito en forma imprudente, toda vez que resulta complicado imaginar la realización de la conducta falsaria sin intención de faltar a la verdad.

¹⁰³² ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 87; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., p. 159; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., p. 196; GÓMEZ RIVERO, M^a.C., (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I., *Nociones...* cit., p. 511; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Capítulo... cit., p. 2.218; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., p. 385; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (PE, 2013) cit., p. 502; ROCA AGAPITO, L., “Lección 24^a. Delitos... cit., p. 724; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos...* cit., pp. 221 y 222, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos...* cit., p. 138; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual...* cit., p. 329; o VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Tema XLIII. Delitos... cit., p. 431.

del autor debe abarcar su inclusión en el círculo de sujetos activos, la obligación que le incumbe de confeccionar de forma veraz los documentos, la realización de la acción falsaria al no corresponderse los documentos con la verdadera situación jurídico-económica de la entidad, y la idoneidad de la falsedad para producir un perjuicio económico a los sujetos pasivos¹⁰³³.

Dicho lo anterior, por algunos autores se ha hecho referencia expresa a la necesidad de que el dolo del autor abarque igualmente, en el caso del párrafo segundo, el perjuicio económico efectivamente originado¹⁰³⁴. Dicha observación parte lógicamente, de la consideración del citado segundo párrafo del artículo 290, como un tipo cualificado con respecto al tipo básico, que sería el contenido en el primer párrafo y, asimismo, de la consideración del mismo como un delito de resultado frente al patrimonio, entendido éste como bien jurídico protegido. En relación con esta cuestión, ya he manifestado y justificado extensamente mi discrepancia en líneas anteriores, al hacer alusión a la configuración del perjuicio económico contenido en el párrafo segundo, como una condición objetiva de punibilidad y, en consecuencia, como un elemento que no forma parte del tipo, razón por la cual no puede ser abarcado por el dolo.

Efectivamente, como ya señalé, la mayor penalidad contenida en el párrafo segundo, en caso de acontecer el perjuicio económico, se trata de una previsión que responde a razones de política criminal, hallándonos en presencia de una condición objetiva de punibilidad en la que el perjuicio económico no se configura, por tanto, como un elemento del tipo, de tal forma que el apartado primero del precepto no puede ser entendido como una forma de imperfecta ejecución del segundo, no cabe hablar de tentativa, de la misma manera que

¹⁰³³ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, pp. 469 y 470.

¹⁰³⁴ Por citar algunos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 385, o MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 41.

tampoco el dolo comprenderá el perjuicio económico y no estaremos en presencia de un subtipo agravado¹⁰³⁵. Precisamente por ello, aun a pesar de no producirse el perjuicio económico, habrá delito de falsedad contable por aplicación del apartado primero del artículo.

Se discute en la doctrina si es posible la comisión del delito mediante dolo eventual. Una parte de los autores se inclinan por entender que sólo es posible la ejecución en dolo directo¹⁰³⁶, basando su opinión en la necesidad de que el sujeto que lleva a cabo la falsedad, sin duda debe tener conocimiento de que los documentos que ha elaborado presentan una realidad que es falsa, que no se corresponde con la realidad, de tal forma que es consciente de la alteración que está llevando a cabo, y que como consecuencia de la misma producirá un error en un tercero. De otra parte, los autores que entienden que es posible la comisión del delito mediante dolo eventual¹⁰³⁷, defienden que el mismo es suficiente en

¹⁰³⁵ Como también señalé en su momento, si bien la mayoría de los autores vienen entendiendo que los elementos de la punibilidad no deben ser abarcados por el dolo del autor, como ocurre con las condiciones objetivas de punibilidad, BACIGALUPO ZAPATER, E., “El error... cit., p. 11, y *Delito... cit.*, pp. 159 y ss., considera que sí es relevante el error sobre la punibilidad del hecho. En este sentido, partiendo de una justificación de la pena sobre la base de su utilidad social y de la prevención general como amenaza del Derecho penal en la sociedad, considera que “la amenaza penal desconocida no puede obrar sobre el autor potencial de forma intimidante”, por lo que el error sobre la punibilidad del hecho resultaría relevante. En parecidos términos MORENO-TORRES HERRERA, M^a.R., *El error... cit.*, pp. 97 y ss.

¹⁰³⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos... cit.*, p. 106; ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 87; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos... cit., p. 832; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos... cit., p. 211; MORENO CHAMARRO, I., *Delitos... cit.*, p. 41; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 82; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho... cit.*, p. 543; o SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio... cit.*, p. 579.

¹⁰³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho... cit.*, p. 661; FARALDO CABANA, P., *Los delitos... (2015) cit.*, p. 161; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos... cit.*, p. 196; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia)*, II. Parte Especial (Artículos 138 a 639), Granada, 2010, p. 693; corrigiendo su posición al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y... (PE) cit.*, p. 386; el mismo, *Derecho penal económico y... cit.*, p. 210; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa... cit.*, p. 474; RÍOS CORBACHO, J.M., “Algunas reflexiones sobre el delito del falseamiento de cuentas (art. 290 CP)”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13,

relación con la exigencia de de la idoneidad para causar el perjuicio económico. Debate que no parece producirse en la doctrina jurisprudencial, que se inclina por considerar la necesidad de que concurra dolo directo en la ejecución del delito¹⁰³⁸.

En relación con esta cuestión, en lo que se refiere a la falsedad de las cuentas y del resto de documentos jurídico-económicos, me posiciono del lado de los autores que consideran suficiente la concurrencia de dolo eventual, en contra por tanto de los defensores de la necesidad de dolo directo y de la doctrina jurisprudencial, dado que nos hallamos en presencia de un delito de aptitud, caracterizado porque la conducta del administrador de derecho o de hecho ha de cumplir el requisito de resultar idónea desde un punto de vista objetivo para

Navarra, 2005, p. 77; o SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, J.M., *Delitos... cit.*, p. 222, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos... cit.*, p. 138.

¹⁰³⁸ De manera rotunda se ha postulado la doctrina jurisprudencial, habiéndose manifestado a favor de la ejecución del delito únicamente en dolo directo, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340); la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 28 de enero de 2015 (JUR 2015\141018) y de 5 de junio de 2008 (JUR 2009\18487); la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 9 de junio de 2014 (ARP 2014\682); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274) y de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\13489); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013\167482); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2011 (JUR 2011\351208); o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181).

De entre las anteriores, por hacer referencia al contenido de alguna de ellas, la de la Audiencia Provincial de Granada, de 5 de junio de 2008 (JUR 2009\18487), señala que “...se exige dolo directo de perjudicar que ha de estar suficientemente probado. Manifiestan las SSTs de 14 de julio de 2000, de 29 de julio de 2002, de 14 de abril de 2003 ó 24 de junio de 2005, siguiendo los criterios de la doctrina científica, la exigencia de un dolo de perjudicar que deberá ser directo y estar probado...”.

Pocas son las Sentencias que, al menos, no excluyen la posibilidad de la ejecución del delito en dolo eventual, aunque tampoco lo admiten expresamente, limitándose a señalar que el dolo debe abarcar la idoneidad para causar el perjuicio económico. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\4339) y de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543).

producir un perjuicio económico¹⁰³⁹, de tal forma que el autor se limita a representarse como probable esa idoneidad para provocar el perjuicio económico en la sociedad, los socios o terceros, y realiza la conducta típica con dolo eventual¹⁰⁴⁰, y ello con independencia de que se considere que, con respecto a la falsedad, es precisa la concurrencia de un dolo directo. Como señala SEQUEROS SAZATORNIL, será suficiente con que el autor sea consciente de la aptitud lesiva de la falsedad para causar el perjuicio económico¹⁰⁴¹. Frente a esta opción, los autores que defienden que la ejecución debe limitarse al dolo directo, lo hacen sobre la base de considerar que la conducta del sujeto conlleva un elemento subjetivo del injusto, que se corresponde con el característico de los delitos de expresión, debiendo ser el sujeto totalmente consciente de la falsedad¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ Por citar alguna Sentencia, la de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762), al señalar que *“el tipo exige, para su comisión, que la falsedad tenga aptitud lesiva para el patrimonio individual, ya sea de un socio, de todos los socios, de la sociedad o de terceros”*.

¹⁰⁴⁰ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., p. 161.

¹⁰⁴¹ SEQUEROS SAZATORNIL F. y DOLZ LAGO, M.J., *Delitos...* cit., pp. 221 y 222, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos...* cit., p. 138. También así FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos...* cit., pp. 196 y 197, cuando afirma que *“en este tipo de delitos de aptitud..., la idoneidad lesiva de la conducta es un elemento normativo típico que, por tanto ha de ser abarcado por el dolo. El administrador asimismo debe ser consciente de la falsedad de la información, pero, respecto del resultado lesivo, es suficiente con que acepte la posibilidad de que éste se produzca, con lo que basta el dolo eventual. No se requiere un conocimiento preciso –técnico– de la aptitud y sus posibles consecuencias y, a pesar de no ser necesario, al ser el del administrador un cargo específicamente técnico, serán muchas las posibilidades de conocer, de un modo bastante preciso, la eventual capacidad lesiva de su conducta”*.

¹⁰⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., p. 385. Como señala DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...* cit., p. 106, *“La exigencia de dolo directo se sustenta en la presencia de un elemento subjetivo, que configura al delito en cuestión en lo que al aspecto falsario se refiere, con la naturaleza propia de los denominados delitos de expresión, en los que aquélla viene impuesta por la necesidad de que exista una discrepancia entre lo que el sujeto conoce y lo que expresa por escrito en el documento. Por ello no falsifica el que se equivoca, sino el que actúa de propósito. Por lo demás, la exigencia del dolo directo se refuerza en la necesidad de que éste abarque, también, la idoneidad de la falsificación para causar el perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a terceros”*.

En coherencia con la postura adoptada, descarto la existencia de otros elementos subjetivos del injusto diferentes al dolo¹⁰⁴³, precisamente en contra de lo que opinan los partidarios de la exigencia del dolo directo como única forma posible de ejecutar el delito, autores para los que el artículo 290 del Código Penal requiere de un elemento subjetivo del injusto, que se concreta en la voluntad de causar un perjuicio de tipo económico a la entidad, a sus socios o a otras personas que puedan relacionarse con la sociedad¹⁰⁴⁴.

2. EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

Señala FARALDO CABANA¹⁰⁴⁵ cómo el error sobre el objeto de la acción puede revestir esencialmente dos modalidades. Una, cuando el sujeto activo cree que el objeto sobre el cual lleva a cabo la falsedad, no es uno de los documentos que pueda quedar incluido en las cuentas anuales u otros

¹⁰⁴³ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., p. 161; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y...* (PE) cit., p. 386; el mismo, *Derecho penal económico y...* cit., p. 210.

¹⁰⁴⁴ MORENO CHAMARRO, I., *Delitos...* cit., pp. 40 y 41. Como señala, el autor de referencia, “En la parte subjetiva del tipo, junto al dolo falsario, se exige la presencia de un especial motivo de la acción, la finalidad de causar un perjuicio económico a la misma, a los socios o a terceros, de modo que la tutela penal de la información social es instrumental respecto de la protección de intereses patrimoniales de la entidad, los socios o terceros”.

En igual sentido, entre otros, ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “Delitos... cit., p. 87, al decir que “El sujeto activo, debe pretender falsear el documento, y ser consciente de ello y además ser consciente y tener certeza de que el falseamiento es susceptible de causar perjuicio económico... esta segunda referencia, viene a significar la exigencia de un elemento subjetivo del injusto de tendencia transcendente consistente en el ánimo de perjudicar, <<animus nocendi>> que proscribe la comisión en dolo eventual”. También RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Lección XXIII. Delitos... cit., p. 82, al señalar que “el sujeto activo debe querer falsear el documento y ser consciente de ello y de que tal falsedad es susceptible de producir un perjuicio económico, siendo esta segunda referencia base suficiente para exigir la presencia de un elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de perjudicar”.

¹⁰⁴⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2015) cit., pp. 162 y 163. En iguales términos, SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J., *Delitos...* cit., pp. 223 y 224, y SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos...* cit., p. 139, entre otros.

documentos que hayan de reflejar la situación jurídico-económica de la entidad; en tal caso, debería considerarse la existencia de un error de tipo sobre un elemento normativo, en virtud del cual quedaría excluida la responsabilidad penal de ser invencible, y sería impune de ser vencible, por no haberse previsto por la norma expresamente la posibilidad de la ejecución imprudente del delito. Y dos, cuando, contrariamente, el sujeto activo cree equivocadamente que se trata de un documento que sí queda incluido en los anteriores, actuando por tanto sobre un objeto material inidóneo (error inverso), de tal suerte que no podría exigirse responsabilidad penal “ex” artículo 290 del Código Penal, aunque podría tener lugar un delito de falsedad común.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Derecho penal económico es una parte del Derecho penal que aglutina una serie de delitos que comparten peculiaridades y problemas específicos, los cuales, aunque no son únicos de estas figuras, resultan suficientes como para poder ser objeto de un estudio separado del resto del Derecho penal, tradicionalmente denominado clásico o nuclear, circunstancia que en modo alguno conlleva o puede llevar a afirmar que se trate de un Derecho penal independiente o que sea una parte del Derecho penal que goce de autonomía científica, como por el contrario propugna una parte (minoritaria) de la doctrina. De hecho, lo cierto es que la posibilidad de un estudio separado, no es ni tan siquiera una característica exclusiva de este grupo de delitos.

Por consiguiente, la discusión o debate doctrinal debe centrarse, ya no en la posibilidad de un estudio separado de los delitos que conforman el Derecho penal económico frente al Derecho penal tradicional, sino esencialmente en la legitimidad del empleo de este sector del Ordenamiento jurídico. En este sentido, todavía en el momento actual subsiste la polémica acerca de la legitimidad del empleo del Derecho penal para la protección de intereses colectivos, al menos de algunos de ellos y, en relación con los delitos socioeconómicos en particular, se ha dicho por parte de la doctrina que los intereses que se protegen mediante alguna de las figuras, ya encuentran protección en otros sectores del Ordenamiento, de tal forma que no sería preciso acudir, al menos en primera instancia, al Derecho penal para la tutela de tales intereses.

SEGUNDA: Para poder opinar sobre la legitimidad del empleo del Derecho penal en este ámbito, es preciso conocer, primeramente, qué es lo que se protege (bien jurídico inmediato) y cuál es la finalidad de la norma (bien jurídico mediato) y, una vez conocido lo anterior, analizar la corrección del empleo de esta parte del Derecho.

La distinción entre el bien jurídico inmediato (o dogmático) y el bien jurídico mediato (o la finalidad de la norma), resulta muy clara en el caso de los delitos contra el orden socioeconómico, al conectar directamente con el concepto de Derecho penal económico, en relación al cual podría distinguirse uno estricto de otro amplio. En el caso del Derecho penal económico en sentido estricto, habrá coincidencia entre el bien jurídico que se protege de forma directa y el bien protegido de forma mediata, ya que mientras éste será, al menos, una parte del orden socioeconómico, aquél consistirá igualmente alguna parcela del citado orden, de donde se deduce el carácter supraindividual del bien protegido desde ambas perspectivas; y en el caso del Derecho penal económico en sentido amplio, sus figuras penales protegerán de forma directa, ya un bien individual, normalmente de carácter patrimonial, ya uno pluriofensivo, mientras que la finalidad de la norma será preservar alguna parcela del orden socioeconómico, un bien supraindividual. Y conocer la finalidad de la norma o la razón que movió al legislador para llevar a cabo la regulación de cada una de las figuras, será lo que permita conocer la legitimidad del empleo del Derecho penal para proteger determinados intereses, cuyo origen se encuentra en otras partes del Ordenamiento jurídico.

TERCERA: El Derecho penal económico protege, por un lado, intereses individuales de los actores del sistema económico, y por otro, la intervención del Estado en la economía. De acuerdo con la anterior distinción del Derecho penal económico estricto y amplio, el primero de ellos se ocupa de la intervención del Estado en la economía, el segundo lo hace de aquellas figuras que de forma

inmediata o mediatamente pueden lesionar el orden socioeconómico. En relación con esta cuestión, el texto constitucional no fija un sistema económico determinado, sino que se limita a garantizar la economía libre de mercado, si bien con algunas limitaciones, e igualmente a asignar concretas finalidades sociales y económicas al Estado. El primer aspecto, la garantía de la economía libre de mercado, se integraría en el concepto amplio de Derecho penal económico, pudiendo por tanto estar constituido su objeto jurídico de protección, por un bien individual, normalmente de carácter patrimonial, o por una parcela del orden socioeconómico en sentido amplio, pero en cualquier caso, la salvaguarda de este interés sería siempre la finalidad de la norma, dado que el orden económico se vería afectado al menos de forma mediata. La asignación de concretas finalidades sociales y económicas al Estado, el segundo aspecto, encontraría su encaje en el concepto estricto de Derecho penal económico, y su objeto de protección estaría constituido por una parcela del orden socioeconómico.

De todo lo anterior puede inferirse, que el Derecho penal económico está conformado por todos aquellos delitos capaces de afectar gravemente a alguna parcela del orden socioeconómico, siendo éste su elemento común, lo que no impide que las figuras protejan diversos intereses o bienes jurídicos concretos, ya de carácter individual, ya de carácter colectivo. De este modo, la nota común de estas figuras delictivas es su capacidad para afectar al orden socioeconómico, aunque el objeto jurídico de protección sea otro. Asimismo, el elemento común de las concepciones estricta y amplia del Derecho penal económico, reside en la finalidad de la norma por procurar la protección de determinadas parcelas del orden socioeconómico, al menos de forma mediata, frente a los ataques más graves, pero no en la protección del orden socioeconómico entendido como bien jurídico protegido en todas las figuras; mientras que en el caso de la concepción estricta, tal finalidad se traducirá en una protección directa del orden socioeconómico, al menos ciertas parcelas del mismo, por cuanto éste sí será el bien jurídico protegido o técnico en los delitos encuadrables en esta concepción

estricta de Derecho penal económico, por el contrario en el caso de la concepción amplia, junto a supuestos de protección inmediata de ese orden, en otros, la finalidad de la norma por proteger concretas parcelas del orden socioeconómico, se traducirá exclusivamente en un interés mediato, por cuanto los bienes jurídicos a tutelar a través de buena parte de los delitos encuadrables en este concepto amplio, son distintos del propio orden socioeconómico.

CUARTA: Al conjunto de hechos que se integran en los delitos societarios, se les dedica en el Código Penal de 1995 un Capítulo independiente del resto de delitos del Título XIII, centrado en los llamados genéricamente “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”, novedad introducida por el legislador del Código Penal de 1995 frente a la anterior regulación de 1973. Bajo la rúbrica “*De los delitos societarios*”, se tipifican unos hechos que tienen como característica común su producción en el ámbito societario: falseamiento de la información social a través de los documentos societarios; adopción de acuerdos abusivos por parte del socio mayoritario; adopción de acuerdos lesivos mediante mayorías ficticias; lesión de derechos sociales; y obstrucción de las labores de control administrativo. Hasta la reforma del Código Penal de 2015, también se tipificaba la administración fraudulenta del patrimonio social (en el suprimido artículo 295). Asimismo, los artículos 296 y 297 establecen, respectivamente, las condiciones objetivas de perseguibilidad de estos delitos y la definición de la sociedad en el ámbito penal.

Desde la sistemática legal, la distinción entre delitos contra el patrimonio – lesivos de intereses individuales- y contra el orden socioeconómico, es difícil establecerla atendiendo únicamente a su ubicación en el texto penal, debiendo hacerse en el estudio de cada tipo concreto. Es necesario tener en cuenta además que en el Título XIII, sólo se regulan delitos que pueden integrarse en la concepción amplia del Derecho penal económico, quedando fuera, por tanto, todos aquellos atinentes a la intervención estatal en la economía y que tienen por

bien jurídico inmediato la protección de aspectos del orden socioeconómico. Y dentro de los delitos contenidos en el citado Título, los societarios del Capítulo XIII se configuran por tanto como delitos económicos, toda vez que las conductas que comprenden suponen un ataque que trasciende lo netamente individual.

Con carácter general, puede afirmarse que la mayoría de los delitos societarios son esencialmente delitos patrimoniales, lesivos de intereses individuales o particulares, ya de la sociedad, ya de sus socios o ya incluso de terceras personas. No obstante lo cual, además de dicho carácter patrimonial, se tratan de delitos que al tiempo presentan un segundo interés indirecto o mediato, el orden económico, y ello con independencia de cuál sea el concreto bien jurídico protegido en cada caso.

QUINTA: La inclusión de los delitos societarios en el Código Penal de 1995, constituyó la respuesta a las demandas que en este sentido habían venido siendo puestas de manifiesto tanto por la doctrina penal, como por la mercantil, que reivindicaban dotar de mayor protección los intereses de las sociedades y de las personas vinculadas a las mismas, esto es, sus socios, sus acreedores e incluso los terceros distintos de los anteriores. De este modo, la inclusión en el Código Penal de estos delitos, atendería, fundamentalmente, a la necesidad de dotar de una mayor protección a las sociedades, instrumento básico de una economía de libre empresa, así como a la insuficiencia de las figuras tradicionales para conseguir esta protección. En este sentido, el importante papel de las empresas en las sociedades modernas y en el devenir de las economías, hace preciso que, además de su adecuado funcionamiento para beneficio de sus socios y acreedores, generen la suficiente y adecuada confianza ya no sólo de aquéllos sino de los ciudadanos en general, como potenciales socios o inversores de las empresas, extremo que pone de manifiesto que además de intereses patrimoniales individuales de determinados sujetos, existen razones de orden público que

exigen el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles. Correcto funcionamiento que, además, redundará en el orden económico como interés igualmente digno de protección penal, en tanto que el papel que tienen las empresas en el sistema económico basado en la economía de mercado y la libertad de empresa, hace que dicho adecuado y normal funcionamiento sea una exigencia que igualmente trasciende la esfera netamente individual. Sin embargo, a pesar de la trascendencia que para el orden económico se deduce del correcto funcionamiento de las empresas, pilar fundamental de la economía de mercado, el Código Penal parece referirse de forma exclusiva a los intereses de los socios o terceros como bienes a proteger.

SEXTA: Doctrinalmente ha sido objeto de debate si resultaba precisa esta categoría de delitos socioeconómicos; y en relación con ello, si los mismos responden a una necesidad social o son resultado de una construcción artificial, que en realidad sólo incluye ciertas modalidades de tipos básicos de la falsedad, la estafa y la apropiación indebida. Sin embargo, en respuesta a lo indicado, parece que el aspecto social de los delitos cometidos en el ámbito empresarial, es decir, su posible afectación a grupos sociales y al correcto funcionamiento de la economía y el mercado, y en definitiva, a la confianza que se espera del funcionamiento de las empresas y del sistema económico, hace que no puedan subsumirse sin más como modalidades de delitos clásicos patrimoniales, sino que precisan de su propio ámbito. Además, con la aplicación de esas figuras tradicionales de estafa, falsificación, insolvencias, etc., que no comparten todos los elementos típicos de los delitos societarios, quedarían sin protección otros intereses, puesto que los fines de estos últimos delitos son más complejos que los fines de los delitos exclusivamente atentatorios de esos intereses patrimoniales individuales; los delitos societarios protegen, además de intereses puramente individuales, intereses de rango superior que afectan al orden socioeconómico, por lo que esa nota diferenciadora con respecto a las figuras patrimoniales clásicas, no hace posible que la mera aplicación de éstas sirva para proteger los

intereses de aquéllas. En este sentido, los delitos societarios, protegen de forma mediata el orden socioeconómico, o por lo menos alguna parcela del mismo, con independencia de cuál sea el bien jurídico protegido en cada figura concreta.

SÉPTIMA: La regulación del artículo 290 del Código Penal se justifica en la necesidad de garantizar la fiabilidad de la información sobre la situación de las sociedades en el tráfico jurídico, la transparencia y la fiabilidad de la documentación empresarial para el correcto funcionamiento de un sistema económico. En relación con ello, debe tenerse en cuenta la importancia y protagonismo que tienen las sociedades mercantiles en el ámbito económico en el marco de una economía de mercado, regida por la libertad de empresa de acuerdo con el texto constitucional, razón por la que los comportamientos descritos en el artículo 290 del Código Penal. Las consecuencias negativas de la práctica habitual de este tipo de acciones justifican su tratamiento como delito socioeconómico.

OCTAVA: En el ámbito del Derecho mercantil, puede distinguirse un concepto estricto de sociedad y un concepto amplio. El concepto estricto de sociedad, seguido por la mayoría de la doctrina y considerado el tradicional, está recogido en el artículo 116 del Código de Comercio, y se refiere al contrato de compañías, en virtud del cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes y/o industria, con el objetivo de obtener un beneficio. Frente a éste, el concepto amplio de sociedad se extendería a otros supuestos, dándose cabida igualmente a las entidades en las que no existe un ánimo de lucro, sino que traen su causa en la consecución de otros fines comunes para los socios. A pesar de que la inmensa mayoría de las entidades mercantiles presentan ánimo de lucro, existen un buen número de tipos o clases de entidades asociativas mercantiles que no responden a dicha finalidad. Desde el punto de vista del Derecho penal, el concepto estricto de sociedad resulta insuficiente para dar respuesta a todos los posibles supuestos merecedores de tratamiento o respuesta penal, como consecuencia de la

importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad del ataque llevado a cabo, toda vez que quedarían fuera del ámbito de protección aquellas entidades que no revistieran forma de sociedades mercantiles prototípicas y que, sin embargo, participaran de forma permanente en el tráfico económico-jurídico. Precisamente por dicha razón, el Código Penal introduce su propia definición de sociedad a los efectos de los delitos societarios, en el artículo 297.

NOVENA: El concepto de sociedad introducido en el artículo 297 del Código Penal, no sin pocas controversias, se refiere a la agrupación de personas bajo cualquier forma jurídica, que tenga por finalidad la participación permanente en el mercado, de acuerdo con el inciso final del precepto “*cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*”. En relación con la misma, he de concluir que el legislador lo que ha pretendido, ha sido extender el concepto a todos los empresarios mercantiles personas jurídicas, debiendo por tanto excluirse las sociedades que no lleven a cabo actividades mercantiles.

Mientras que de acuerdo con la opinión prácticamente unánime de la doctrina, el concepto penal de sociedad no coincidiría con el concepto estricto del Derecho mercantil, por el contrario, desde el punto de vista del concepto amplio de sociedad que propugna una parte minoritaria de la doctrina mercantilista, sí podría llegar a entenderse contrariamente que el concepto mercantil y el penal resultan cercanos o, incluso, relativamente coincidentes.

DÉCIMA: El artículo 290 del Código Penal es un delito de falsedad documental, consistente, en la mayoría de los supuestos, en faltar a la verdad en la narración de los hechos por parte de las personas encargadas de confeccionar los documentos que han de servir para dejar constancia del estado real económico o jurídico de la entidad mercantil, configurándose, en consecuencia, como una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares

sobre documentos mercantiles. No obstante, también es posible que el delito se pueda cometer a través del resto de formas contenidas en el artículo 390.1 del Código Penal. El hecho de que el artículo 392.1 excluya la falsedad ideológica como modalidad, implica que el artículo 290 sea, además, una excepción en el tratamiento de los documentos mercantiles, acercándolos en este supuesto en particular al tratamiento que se proporciona a los documentos públicos y oficiales en el artículo 390 de la norma penal.

UNDÉCIMA: El bien jurídico protegido será la funcionalidad de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsificación, no compartiendo la opinión de aquellos autores que señalan un bien jurídico distinto a este, como puede ser el patrimonio, el derecho a la veracidad, la transparencia externa de la información social o el derecho a una información completa y veraz de la sociedad.

DUODÉCIMA: El delito de falsedad contable del artículo 290, no es una figura pluriofensiva, sino que estamos en presencia de un delito que, como en el caso de las falsedades documentales genéricas, únicamente sitúa como bien jurídico protegido de forma inmediata la citada funcionalidad que tienen los documentos como instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en el mismo. Es por ello que no comparto la opinión de los autores que añaden el patrimonio como otro bien jurídico protegido, junto con el consistente en la funcionalidad del documento. En este sentido, el patrimonio, o mejor dicho, la idoneidad para causar un perjuicio patrimonial, lejos de ser un bien protegido de forma inmediata, es un elemento de la tipicidad que sirve para acotar o limitar los supuestos en los que debe operar una excepcionalidad a la atipicidad de la falsedad ideológica recogida en el artículo 392.1, esto es y como se ha indicado, a la falsedad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos cometida por un particular sobre documentos mercantiles.

DECIMOTERCERA: Dicha excepcionalidad trae su causa en el desvalor de la acción derivada de los hechos contenidos en el tipo, sin que por tanto, dicha excepcionalidad se deba específicamente a una protección del patrimonio de forma directa. Relacionado con esta relevancia e importancia de la figura objeto de estudio, si bien es cierto, como he indicado en líneas anteriores, que no existe un derecho a la verdad, por el contrario, teniendo en cuenta la función probatoria de los documentos y el papel clave que tienen como instrumentos al servicio de las relaciones jurídicas y sociales, sí puede afirmarse la existencia de un deber de veracidad de los administradores con respecto a la información hecha constar en los documentos económicos y jurídicos de las entidades mercantiles que participan de manera permanente en el mercado, deber de veracidad que alcanza esa especial relevancia en virtud precisamente de la importancia que tiene la seguridad del tráfico jurídico. Deber de veracidad de los administradores que se halla directamente relacionado con las funciones y las actuaciones propias de su cargo, y cuya elusión o ejecución de forma incorrecta, enlaza directamente con la falsedad ideológica en la que consisten generalmente los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal.

DECIMOCUARTA: En el artículo 290 artículo 290, la funcionalidad del documento se concreta en la información conocer a los socios, acreedores y terceros, de la situación económica y jurídica real de la entidad; de tal manera que la falsedad que dañe esta labor de información será siempre punible, siempre que resulte idónea para perjudicar los patrimonios de los destinatarios de la citada información. De este modo, el bien jurídico consistente en la funcionalidad del documento, sirve para delimitar el ámbito de aplicación del tipo, así como el objeto material, ya que su interpretación junto con el elemento de la idoneidad para causar un perjuicio económico, lleva a afirmar que únicamente los documentos cuya función consiste en dar a conocer la situación económica y jurídica de la entidad, serán o podrán ser objeto material del delito.

DECIMOQUINTA: No puede obviarse la importante función que desempeña el Registro Mercantil en relación con la trascendencia probatoria de los documentos que obligatoriamente han de ser inscritos en el mismo, debiendo tenerse en cuenta que, una vez producido el acceso registral de los documentos jurídico-económicos de la sociedad, se genera una legítima expectativa de veracidad esencial para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico y la economía de mercado. En relación con ello y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, se señala que con el delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, se pretenden fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, pudiendo ser objeto material del delito, además de las cuentas anuales, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado.

DECIMOSEXTA: Puede además concluirse que los hechos descritos en el artículo 290 del Código Penal, constituyen un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, por cuanto afectan a un bien supraindividual o colectivo, y no de carácter individual o particular. En relación con ello, sobre un posible debate acerca de cuál sería la correcta ubicación en el Código Penal de los hechos descritos en el artículo 290, esto es, si en el Capítulo II del Título XVIII, junto con el resto de falsedades documentales, o si en el Capítulo XIII del Título XIII, junto con los demás delitos societarios, me inclino por esta segunda opción, en tanto que la excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica en la que consiste la figura delictiva y, por tanto, la tipicidad de este tipo de falsedad documental, sólo tendrá sentido cuando se produzca en el ámbito societario.

DECIMOSÉPTIMA: El comportamiento en el artículo 290 consiste en “falsear”, debiendo entenderse por tal, viciar o falsificar algo, incluyéndose

cualquier tipo de maniobra tendente a adulterar los documentos que conforman el objeto material del delito. Se trata de un delito de naturaleza falsaria y no defraudatoria, como contrariamente se aboga por un sector minoritario de la doctrina, pues ello implica una apertura del tipo de forma excesiva e indebida. Excesiva porque ello conllevaría que el comportamiento pudiera tener lugar de forma amplísima, cuando por el contrario nos hallamos ante un delito de carácter excepcional y aplicación restrictiva, al consistir precisamente en una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por particular, la cual sólo puede ser cometida por determinadas personas y sobre determinados documentos, y además únicamente cuando dicho comportamiento sea susceptible de causar un perjuicio económico; e indebida, porque los autores partidarios de la naturaleza defraudatoria, estarían propugnando que el término “falsear” en realidad estaría significando “defraudar”, lo que en mi opinión atentaría contra la seguridad jurídica, pues si el legislador hubiera pretendido que la naturaleza de este delito fuera defraudatoria, lo habría regulado como estafa, lo que sin embargo no ha tenido lugar, debiendo tenerse en cuenta, en relación con esta cuestión, el criterio gramatical, primer método de interpretación y límite a la aplicación de la norma. Además, una supuesta naturaleza defraudatoria iría en contra de la catalogación como delito contra el orden socioeconómico y en contra del bien jurídico funcionalidad del documento; la naturaleza defraudatoria lo convertiría en un delito eminentemente patrimonial y atentatorio contra intereses individuales.

Precisamente por ello, dado que se trata de un tipo especial de falsedad documental, la misma podrá tener lugar a través de cualquiera de las formas previstas en el artículo 390.1 del Código Penal, si bien, la inmensa mayoría de las ocasiones, por no decir que prácticamente en su totalidad, la falsedad tendrá lugar a través de la modalidad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos, y no a través del resto de modalidades falsarias, siendo ésta una posibilidad más hipotética que real, aunque no imposible.

DECIMOCTAVA: La expresión *“deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”*, supone que no toda falsificación documental será típica. Para la tipicidad es preciso, en primer lugar, que la falsedad se cometa en los documentos legalmente obligatorios y de naturaleza mercantil, que contengan información de carácter económico y/o jurídico de la entidad de que se trate, y cuya confección corresponda a los administradores; en segundo lugar, que la falsedad se produzca en documentos que legalmente estén llamados a reflejar la situación real el estado económico y jurídico de la entidad, esto es, que esa sea su función, lo que se corresponde con los documentos contenidos en el artículo 94 el Reglamento del Registro Mercantil, aquellos cuya inscripción es obligatoria, precisamente porque con ello se da conocimiento *“erga omnes”* del estado contable y legal de las entidades que operan de manera permanente en el tráfico jurídico y en el mercado.

DECIMONOVENA: La expresión *“de forma idónea para causar un perjuicio económico”*, significa que no toda falsedad en las cuentas anuales o el resto de documento jurídico-económicos de la entidad, llamados a reflejar el estado real de la misma, sean de forma automática susceptibles de causar un perjuicio económico. De una parte, las mentiras burdas reflejadas en estos documentos, no podrá ser considerada una forma de falsedad idónea para causar un perjuicio económico, de la misma forma que para que ello pueda tener lugar, será imprescindible que el documento haya sido incorporado al tráfico jurídico, pues en caso contrario no sería apto para causar ningún tipo de perjuicio. Sin embargo, no será suficiente identificar la *“idoneidad”* exclusivamente con la mayor probabilidad de que un hombre medio fuera inducido a actuar erróneamente por engaño, como efecto de la alteración del documento, sino que además es preciso que la *“idoneidad”* venga referida a que tal alteración resulte adecuada para que, una vez producida, pueda causar un perjuicio patrimonial.

VIGÉSIMA: El “perjuicio económico” no se configura como la finalidad del autor, ni por tanto, como un elemento subjetivo del injusto, sino que se trata objetivamente de un elemento descriptivo de la tipicidad, siendo por ello indiferente cuál era la intención del autor del hecho al llevarlo a cabo, exigiéndose que la falsificación sea idónea para producirlo en el patrimonio de la entidad, el de sus socios o el de terceros. De esta forma, no resulta acertado mantener que la finalidad última del autor de la falsedad en el documento societario, sea la causación del perjuicio económico, pues no es preciso que el perjuicio finalmente acontezca para entenderse producido el delito. En todo caso, el perjuicio debe ser económico, esto es, valuable en dinero, excluyéndose que pueda tener cualquier otra naturaleza. Y en cuanto al importe del mismo, resulta indiferente.

VIGESIMOPRIMERA: El artículo 290 del Código Penal es un delito de resultado lesivo, consistente en la destrucción o alteración de la función del documento, descartando que nos encontremos en el párrafo primero ante un delito de peligro abstracto y de resultado lesivo en el segundo, o de mera actividad o peligro concreto.

VIGESIMOSEGUNDA: La producción del perjuicio económico en el párrafo segundo del artículo 290, no constituye el resultado lesivo del delito, sino una condición objetiva de punibilidad, en cuanto que su producción o no, no depende de la voluntad del autor, ni supone la presencia de un plus de antijuricidad o culpabilidad. El delito se consuma por la alteración y publicidad de la información sin que se añada nada nuevo por la existencia del perjuicio, que no deberá ser abarcado por el dolo del autor.

La imposición de la pena en su mitad superior debería venir dada, como en el resto de las condiciones objetivas de punibilidad, por una mayor necesidad o merecimiento de pena, lo que en este caso no se da, por lo que no hay razón

alguna, tanto dogmática como político-criminalmente, para el mantenimiento del párrafo segundo del artículo 290, que debería, en una propuesta de “*lege ferenda*”, desaparecer.

VIGESIMOTERCERA: El artículo 290 del Código Penal, admite tanto la modalidad comisiva como la omisiva. Ésta última, consistente en silenciar por parte del administrador, información que afecta de manera decisiva la imagen fiel de la sociedad, de tal forma que sea idónea para causar el perjuicio económico. Al cumplirse estos requerimientos, podrá afirmarse que la conducta omisiva es equiparable a la activa, al suponer la misma distorsión de la imagen fiel de la empresa y el ataque al bien jurídico protegido.

VIGESIMOCUARTA: El concepto de administrador de hecho y de derecho, presenta identidad en el caso de los delitos societarios, sin que se corresponda con el artículo 31 del Código Penal, ya que cada uno de los preceptos tiene un ámbito de aplicación diferente.

VIGESIMOQUINTA: El administrador de derecho en el artículo 290 del Código Penal, constituye un elemento normativo del tipo cuya definición se contempla en el Derecho mercantil, como aquellas personas que integran el órgano de administración y cuyo nombramiento ha sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Más ampliamente, se tratan de las personas físicas o jurídicas que, ostentando o no la condición de socios, se ocupan, de forma individual o colegiada, de la gestión de los intereses patrimoniales de las sociedades mercantiles, al tiempo de su representación en sus relaciones internas y externas. Este concepto ha sido adoptado por la inmensa mayoría de la doctrina penal, de tal forma que, desde la perspectiva del Derecho penal, administrador de derecho será precisamente la persona que ha sido nombrada administrador o que integra el órgano de administración de la sociedad, y cuyo nombramiento ha sido debidamente inscrito en el Registro Mercantil. Existe por tanto coincidencia de

ambas ramas del Ordenamiento, en cuanto al concepto de administrador de derecho.

VIGESIMOSEXTA: La figura de administrador de hecho, antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital en diciembre de 2014, era únicamente el administrador de derecho carente de nombramiento e inscripción registral, o al menos esta última. Esta indefinición supuso su construcción doctrinal y jurisprudencial, apreciándose una evolución desde criterios formalistas a funcionales o materiales, más cercanos a la idea de evitar intentos defraudatorios de la responsabilidad de los administradores, para la protección, de este modo, de socios y acreedores, siendo notas esenciales de este concepto evolucionado, la necesidad de ejercicio continuado de la actividad, de forma estable y con autonomía e independencia, que dicha actividad sea llevada a cabo con conocimiento de los socios y de la propia sociedad y, finalmente, que el administrador de hecho actúe de forma directa o personal, desarrollando tal actividad, propia de los administradores de derecho, frente a terceros. Teniendo en cuenta lo anterior, administrador de hecho era aquel cuyo nombramiento presentaba algún tipo de irregularidad formal o aquel cuyo nombramiento resultó nulo o caducó. Tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, se ha incorporado una definición de administrador de hecho, mucho más amplia y precisa, considerándose como tal a quien en la realidad del tráfico jurídico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador y, en su caso, también aquella persona bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de derecho.

VIGESIMOSÉPTIMA: En el ámbito del Derecho penal, este concepto de administrador de hecho que proporcionaba el Derecho mercantil antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, el llamado concepto estricto de administrador de hecho, no resultaba suficiente para cubrir todas las situaciones de administración de “facto”, ya que quedarían fuera del ámbito de aplicación de

la norma todos aquellos supuestos de verdadera asunción de labores de administración en los que no se hubiera producido un nombramiento expreso, esto es, todos aquellos casos en los que efectivamente se ejercieran las labores propias de la administración cuando tal labor no hubiera sido precedida de un nombramiento, por tanto, sin título alguno habilitante, con independencia de que faltara algún requisito formal para su validez. En consecuencia, en Derecho penal, debía abogarse por el concepto amplio, basado, no en criterios formales, sino en materiales, concretamente, en la relación existente entre el autor y el bien jurídico protegido y en la posibilidad de evitar su lesión o puesta en peligro. Para ser considerado administrador de hecho, será precisa la existencia de un deber previo extrapenal, establecido en la legislación mercantil, junto con el desarrollo de esas funciones y el conocimiento de esa labor por la sociedad y/o sus socios. Limitación necesaria, ya que en caso contrario, cualquiera podría ser autor de la falsedad contable del artículo 290 del Código Penal, lo que iría en contra de su naturaleza de delito especial propio.

Dentro del concepto amplio de administrador de hecho que enuncia la doctrina penalista, debe rechazarse aquella opinión que no viene exigiendo que las funciones de administración se ejerzan, al menos, con cierta apariencia de cara a la entidad o sus socios o aceptación tácita por parte de los mismos, toda vez que se trata de una de las notas que caracterizan la actuación de los administradores de derecho que, del mismo modo, debe exigirse en relación con la actuación de los administradores de hecho, que además deberán tener el deber previo extrapenal de actuar de una determinada forma, lo que debe ser puesto en relación con el bien jurídico, ocupando en consecuencia una posición de garante frente a éste; aspecto, el del conocimiento mínimo por parte de socios o por parte de la entidad, o apariencia jurídico-formal mínima, que en mi opinión precisamente sirve para diferenciar la figura del administrador de hecho del mero particular que, de una forma u otra, logra en un momento dado alterar un

documento social de los que están llamados a reflejar la imagen fiel de la entidad, cuando tampoco en ningún caso ostenta ese deber al que he hecho referencia.

VIGESIMOCTAVA: Coincidiendo con la tendencia de los últimos pronunciamientos judiciales, en los que se ha venido produciendo un acercamiento entre el concepto mercantil de administrador de hecho y el concepto penal amplio, tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014, puede afirmarse que el concepto estricto de administrador de hecho acuñado por la doctrina mercantilista, se ha superado, acercándose al concepto penal, ya que ahora, de acuerdo con la normativa mercantil (artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital), administrador de hecho también será quien actúe como tal sin título alguno y quienes dirijan a los administradores de derecho, aspectos que no quedaban abarcados por el concepto mercantil de administrador de hecho. Esta nueva definición amplia del administrador de hecho por parte del Derecho mercantil, debería “a priori” dar por concluida la polémica doctrinal existente en torno al citado concepto de administrador de “facto”, pudiendo afirmarse que en el momento actual, existe una coincidencia entre la definición ofrecida en el Derecho mercantil y la interpretación dada en el ámbito penal. Puede apuntarse cómo mientras que en el caso del concepto de administrador de derecho, la doctrina penalista ha acogido la definición o concepto ofrecido por la doctrina mercantilista, contrariamente en el caso del concepto de administrador de hecho, ha sido finalmente el Orden mercantil el que ha adoptado para sí la definición manejada desde hace años por el Orden penal, circunstancia que es de suponer que tenga definitivo reflejo en la doctrina jurisprudencial extrapenal. Y aunque ha sido anterior el concepto penal de administrador de hecho, con su mayor alcance, que el concepto mercantil ahora contenido en la Ley de Sociedades de Capital, dado que es esta parte del Ordenamiento la que lo ha introducido positivamente en primer lugar, debe afirmarse que, en el momento actual, también en el caso del concepto de administrador de hecho, desde el punto de vista penal nos hallamos en presencia de un elemento normativo, pues,

como en el caso del administrador de derecho, es necesario remitirse a una norma jurídica para la interpretación del término.

VIGESIMONOVENA: Por la doctrina se ha discutido hasta la fecha, la posibilidad de incluir como administradores de derecho o de hecho, determinadas figuras propias del derecho mercantil (promotores, fundadores, auditores, presidentes y secretarios de la Junta General y del Consejo de Administración, consejeros delegados y apoderados, letrados asesores, administradores judiciales o liquidadores, entre otros), existiendo una gran disparidad de opiniones al respecto, no pudiendo establecerse con un mínimo de claridad cuáles de esos supuestos deben entenderse abarcados por los anteriores conceptos y, por tanto, como posibles sujetos activos en el artículo 290 del Código Penal. De la misma forma, la doctrina jurisprudencial se ha manifestado de forma dispar en relación con dichos supuestos. Teniendo en cuenta la falta de un criterio homogéneo a pesar de que la doctrina se ha referido de forma prolija a casos dudosos de administrador de hecho y de derecho, tratando de buscar una solución a cada uno de los supuestos concretos, parece más oportuno detenerse en observar cuáles son los criterios de imputación del administrador de derecho y, esencialmente, los del administrador de hecho, para ver si los mismos son suficientes para resolver la polémica doctrinal existente, pensando que, en definitiva, la autoría de la falsedad contable puede que no dependa tanto del cargo ostentado en la empresa, sino de si el sujeto está realmente o no en situación de poder llevar a cabo la citada falsedad desde la posición o condición, según los casos, del administrador de derecho y la existencia del deber.

TRIGÉSIMA: En contra de aquellos autores que consideran que el artículo 290 del Código Penal es un delito de dominio del hecho, considero que no son aplicables los criterios de imputación del artículo 31 del Código Penal, ya que la falsedad contable en el ámbito societario es un delito de infracción de deber.

Al considerar que la figura del artículo 290 se trata de un delito de infracción de deber, a diferencia de lo que sucede en el artículo 31 de la norma penal, en el caso del delito societario el principal criterio de imputación no consiste en ostentar el dominio social típico, sino en la existencia de un deber previo y extrapenal, el cual es desatendido, por lo que los criterios de imputación desde esta óptica, no son los mismos en uno y otro caso y, por tanto, no puede afirmarse que sean trasladables del artículo 31 al 290 del Código Penal, por lo que la solución de aquel precepto en materia de autoría, no es predicable de éste otro.

TRIGESIMOPRIMERA: La figura recogida en el artículo 290, se trata de un delito especial propio, del que sólo pueden ser autores los administradores de derecho o de hecho. Debe descartarse que nos hallemos ante un delito especial impropio, ya que la falsedad cometida por quien no reúne las condiciones para ser autor del delito, no supone la realización de una falsedad genérica en documento mercantil del artículo 392.1 del Código Penal, toda vez que si la falsedad ideológica es la habitual forma de llevarse a cabo este delito societario, la misma será atípica en el caso del delito de falsedad en documento mercantil. En relación con ello, el hecho de que dogmáticamente sea posible que la falsedad del artículo 290 pueda tener lugar igualmente a través del resto de modalidades falsarias previstas en el artículo 390.1.1º, 2º y 3º, teniendo en cuenta que se trata de una posibilidad más hipotética que real, no parece lógico calificar el delito como especial impropio, máxime cuando se tratan de documentos que sólo incumben a los administradores, a los que no deberían tener acceso terceras personas, y teniendo en cuenta que la consideración de este delito como especial impropio, iría en contra de su carácter excepcional.

TRIGESIMOSEGUNDA: Como ya he adelantado y en contra de la opinión mayoritaria, considero que nos hallamos en presencia de un delito de infracción de deber, en tanto que se fundamenta en un deber específico extrapenal, el deber

de veracidad en la confección de las cuentas anuales y del resto de documentos jurídico-contables de la entidad, no configurándose, por tanto, como un delito de dominio del hecho basado en la libre organización de la propia esfera. De este modo, concurre en los administradores, de acuerdo con la normativa mercantil, ese deber que necesariamente ha de ser observado en su labor de administración y cuya vulneración supone la razón de la imputación de la consiguiente responsabilidad penal. La modificación del artículo 236 de la Ley de Sociedades de capital permite rechazar la crítica fundamental a la configuración de delito de infracción de deber. Para los defensores de su naturaleza de delito de dominio del hecho, el deber extrapenal es predicable sólo de los administradores de derecho, pero como acabo de decir, el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, extiende los deberes y la responsabilidad derivada de su inobservancia a los administradores de hecho, deberes entre los que se encuentran el deber de lealtad o de veracidad en la confección de las cuentas anuales o del resto de documentos sociales de su competencia.

TRIGESIMOTERCERA: En contra de lo expresado por los partidarios de concebir el delito como de dominio del hecho, por la presencia como elemento típico de la idoneidad para producir el perjuicio económico, puede argumentarse que en el artículo 294, considerado mayoritariamente como de infracción de deber, sólo es típica la comisión dolosa, a pesar que la Ley de Sociedades de Capital extiende el deber de los administradores y la responsabilidad derivada de su incumplimiento a los comportamientos dolosos e imprudentes, por lo que igual objeción que se formula al artículo 290 al respecto, se puede hacer al 294; en ambos casos la tipicidad se configura por la infracción del deber y la concurrencia del resto de los elementos típicos, de naturaleza objetiva o subjetiva, pero sólo cuando el que actúa se encuentre sujeto al cumplimiento del deber el hecho será típico.

TRIGESIMOCUARTA: Los sujetos pasivos del delito serán, de una parte, todos los posibles destinatarios de la información contenida en los documentos falseados, por tanto, la sociedad, los socios y los terceros que puedan relacionarse con la entidad, de tal forma que estos sujetos coinciden con los señalados en el artículo 290 como, en su caso, posibles perjudicados económicamente. Pero también, de otra parte, el conjunto de agentes que participan en el tráfico jurídico y en la economía de mercado, en tanto que nos hallamos ante un delito atentatorio contra el orden socioeconómico y en virtud del artículo 296.2 del Código Penal.

TRIGESIMOQUINTA: El objeto material del delito viene constituido por las cuentas anuales y por el resto de documentos que hayan de reflejar la situación jurídica y económica de la entidad. Mientras que en el caso de las cuentas anuales no hay duda de que conforman el objeto material del delito, por cuanto, además de venir expresamente señaladas en el precepto, es claro que tienen por finalidad esencial dar a conocer la situación jurídica y económica de la entidad, a través del obligado acceso al Registro Mercantil, en el caso del resto de documentos, existe un amplio debate doctrinal sobre cuáles de ellos pueden ser objeto material del delito, como consecuencia de la cláusula abierta introducida por el Código Penal. Es por ello que será preciso acudir a otras ramas del Ordenamiento jurídico, fundamentalmente al Derecho mercantil, para conocer cuáles serán los documentos cuya función sea reflejar el estado jurídico-económico de las sociedades, de manera exacta y pública. El objeto material de la falsedad contable acredita que estamos en presencia de una figura muy especial o específica, en tanto que, en comparación con el delito genérico de falsedad en documento mercantil –esta vez cometido o no por un particular-, el objeto material se circunscribe exclusivamente en torno a los documentos que, con tal carácter, tienen el deber legal de reflejar el estado jurídico y/o económico de la entidad, mientras que el objeto material de la falsedad en documento mercantil no presenta limitación alguna en este sentido. En contra de la opinión

mayoritaria de doctrina y jurisprudencia, los documentos contables de carácter interno no orientados al conocimiento público del estado económico y/o jurídico de la entidad, no pueden ser considerados objeto material del delito, sin que pueda argumentarse tal extensión ni en el derecho de información de los socios “ex” artículo 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital, ni en un supuesto bien jurídico protegido consistente en el derecho a la información veraz.

TRIGESIMOSEXTA: La consumación del delito societario contenido en el artículo 290 del Código Penal, tiene lugar cuando se produce por el administrador de hecho o de derecho la falsedad de los documentos cuya función es reflejar la situación jurídica y/o económica de la entidad, siempre que resulte idónea para producir un perjuicio económico a la propia sociedad, sus socios o terceros que puedan relacionarse con la misma, y una vez que dichos documentos hayan sido incorporados al tráfico jurídico, mediante su publicación en el Registro Mercantil. En tanto no se produzca dicha publicación registral, no podrá considerarse consumado el delito.

TRIGESIMOSÉPTIMA: En relación con la falsedad de los documentos sociales, por algunos autores se distinguen las cometidas a nivel interno en el seno de las sociedades y las cometidas a nivel externo, esto es, las que tienen lugar a través de la publicación del documento en el Registro Mercantil. Se dice que mientras que las falsedades internas pueden ser llevadas a cabo por el administrador de derecho o de hecho, las externas únicamente por el de derecho, toda vez que la presentación de estos documentos en el Registro Mercantil sólo pueden realizarse por el administrador de derecho. Sin embargo, este planteamiento no es correcto, pues, aunque es cierto que será éste el único capaz de presentar las cuentas anuales y el resto de documentos señalados en el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, ello no impide que los administradores de hecho puedan ser autores del delito. En caso contrario y en coherencia con la tesis mantenida, ello supondría la necesidad de proponer de

“lege ferenda”, la supresión en el precepto de la mención que se hace a los administradores de hecho. En mi opinión, la realización del comportamiento descrito en el primero de los delitos societarios, podrá ser efectuada por los administradores de hecho, si bien siempre deberá producirse junto con la intervención administrador de derecho, en tanto que es el único capaz de proceder a presentar materialmente ante el Registro Mercantil, las cuentas anuales y el resto de documentos de necesaria inscripción.

TRIGESIMOCTAVA: Teniendo en cuenta que el administrador de derecho es el único que puede proceder a la presentación de las cuentas y el resto de documentos en el Registro Mercantil, cabe plantearse si es posible que la actuación del administrador de hecho encaje en el supuesto de autoría mediata. El estudio de la cuestión me lleva a la conclusión de que no es posible entender que el administrador de hecho actúe como autor, empleando como instrumento al de derecho, salvo en los supuestos en que el administrador de derecho actúe bajo coacción o engaño, en los que el administrador de hecho ostentaría el dominio de la voluntad. El motivo que impide apreciar esta autoría mediata reside en el hecho de que el autor inmediato, el administrador de derecho, actuaría con conocimiento y, por consiguiente, el autor mediano no tendría en sus manos el dominio de la voluntad. Siendo esto así, tampoco podría ser aplicada la tesis del instrumento doloso no cualificado, pues se requiere que el instrumento no presente idoneidad para ser autor del delito, lo que no sucede en el presente caso. Sin embargo, debe igualmente rechazarse la posibilidad de autoría mediata fundamentada en la teoría de responsabilidad por pertenencia a aparatos organizados de poder, en tanto que la misma sólo sería aplicable a la criminalidad a través de aparatos de poder estatal organizados y a través de organizaciones criminales, pero no pero no así en el caso de las empresas constituidas con fines lícitos.

TRIGESIMONOVENA: La conclusión a la que indefectiblemente se llega es, de una parte, que el administrador de derecho será siempre autor del delito, tanto si realiza el hecho por sí mismo, con o sin ayuda de terceras personas no cualificadas, que serán partícipes, como si lo que hace es presentar las cuentas que prepara el administrador de hecho (supuesto de coautoría), salvo los casos de autoría mediata anteriormente enunciados en los que actúe como instrumento del administrador de hecho (supuestos de actuación bajo engaño o coacción). Y, de otra parte, que el administrador de hecho que lleva a cabo la falsedad en las cuentas y en el resto de documentos, será igualmente autor del delito, si bien, salvo en los casos de autoría mediata a los que acabo de hacer referencia, su actuación será siempre en concurso con la del administrador de derecho (supuesto de coautoría), en virtud de la concepción de la autoría como la pertenencia del hecho. Si bien es cierto que cualquier otro sujeto distinto del administrador de derecho, estará imposibilitado jurídicamente para cumplir por sí mismo con la obligación de presentar los documentos de inscripción obligatoria al Registro, sin embargo ello no es óbice para que el administrador de hecho pueda ser autor mediato o coautor del delito de falsedad en las cuentas anuales, tal y como lo he construido, teniendo en cuenta, además, que presenta las cualidades personales necesarias para ello y que el deber incumbe tanto a uno como a otro, lo que posibilita considerarles autores y no inductores o cooperadores necesarios.

CUADRAGÉSIMA: Estamos en presencia de un delito doloso. En contra de la opinión de una sector de la doctrina, es posible que el mismo tenga lugar a través de dolo eventual, ya que es suficiente este dolo con respecto a la idoneidad de la falsedad para producir el perjuicio económico, por lo que en virtud del principio de unidad de dolo, debe admitirse para el conjunto del precepto. En el caso de párrafo segundo, dado que el perjuicio económico no forma parte de los elementos del tipo, el mismo no estará abarcado por el dolo, todo ello con independencia de la propuesta de “lege ferenda” de supresión del citado párrafo.

BIBLIOGRAFÍA

- **ABANTO VÁSQUEZ, M.A.**, “Autoría y participación y la teoría de los delitos de «infracción de deber»”, en *Revista Penal*, núm. 14, Valencia, 2004.
- **ABANTO VÁSQUEZ, M.A.**, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997.
- **AGUIRRE LÓPEZ, J.**, “El artículo 297 del Código Penal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.
- **ALCOVER GARAU, G.**, “Las cuentas anuales”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, año 2011-1, Navarra, 2011.
- **ALONSO UREBA, A.**, “Administrador de hecho y grupo de sociedades”, en *Otrosí*, núm. 12, octubre-diciembre 2012, Madrid, 2012.
- **AMBOS, K.**, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en *THEMIS-Revista de Derecho*, núm. 37, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1998.
- **ANARTE BORRALLLO, E. y BOIX REIG, J.**, “Lección XXIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (20). Delitos

societarios”, en Boix Reig (dir.), *Derecho penal. Parte Especial. Volumen II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Madrid, 2012.

- **AREÁN LALÍN, M.**, “Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998.
- **ARROYO ZAPATERO, L.**, *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987.
- **ARROYO ZAPATERO, L.**, “Los delitos societarios en el Proyecto de 1992”, en Arroyo Zapatero y Tiedemann, *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994.
- **ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.**, “¿Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en Derecho penal y Derecho societario?”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, año 2011, núm. extraordinario, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Madrid, 2011.
- **ASÚA BATARRITA, A.**, “El delito de fraude de subvenciones”, en *Comentarios a la Legislación penal. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*, tomo XVIII, Madrid, 1997.
- **BACIGALUPO SAGGESE, S.**, “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, marzo de 2000, núm. 1 extraordinario, Madrid, 2000.

- **BACIGALUPO SAGGESE, S.**, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid, 2007.
- **BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.**, *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Barcelona, 2006.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, “El delito de falsedad documental”, en *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, núm. 1, Madrid, 2005.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, “El delito fiscal”, en *Bacigalupo Zapater (dir.)*, *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, “El error sobre las excusas absolutorias”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 6, Madrid, 1978.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madrid, 2007.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.
- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, “Los delitos societarios en el nuevo Código Penal”, en *Bacigalupo Zapater (dir.)*, *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005.

- **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.
- **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, “Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998.
- **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, “Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995”, en *Jornadas sobre Derecho penal económico*, Oviedo 1997.
- **BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.**, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2000.
- **BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.**, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010.
- **BARRERA DOMÍNGUEZ, H.**, *Delitos contra la fe pública*, Bogotá, 1986.
- **BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.**, *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid, 1997.
- **BENEDÍ ANDRÉS, C.**, “Simulación de documentos y falsedad ideológica”, en www.derecho.com, <http://www.derecho.com/articulos/2001/05/15/simulaci-n-de-documentos-y-falsedad-ideol-gica/>, último acceso el día 10 de julio de 2015, publicado en 2001.
- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.**, *Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, Navarra, 2014.

- **BERISTAIN IPIÑA, A.**, *Ciencia penal y criminológica*, Madrid, 1985.
- **BINDING, K.**, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Parte Especial, tomo II*, Leipzig, 1902.
- **BINDING, K.**, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Parte Especial, tomo II*, Leipzig, 1904.
- **BLANCO LOZANO, C.**, “Lección 1ª. Introducción a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Hurto”, en Polaino Navarrete (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, tomo II*, Madrid, 2011.
- **BLANCO LOZANO, C.**, “Lección 11ª. Delitos societarios”, en Polaino Navarrete (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, tomo II*, Madrid, 2011.
- **BLANCO LOZANO, C.**, *Tratado de Derecho penal español. Tomo II, El sistema de la Parte especial. Volumen I, Delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona, 2005.
- **BLOY, R.**, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessung-und Strafaufhebungsgründe*, Berlín, 1976.
- **BOIX REIG, J. y MIRA MIRAVENT, J.**, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2000.
- **BOLEA BARDÓN, C.**, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000.

- **BRAMONT ARIAS TORRES, L.A.**, *Lecciones de la Parte general y el Código Penal*, Lima, 1997.
- **BRANDARIZ GARCÍA, J.A.**, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000.
- **BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.**, *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades*, Madrid, 2014.
- **BUSTOS RAMÍREZ, J.**, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1991.
- **BUSTOS RUBIO, M.**, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tesis Doctoral inédita dirigida por Gómez Pavón y Ferré Olivé, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid, 2015.
- **BUSTOS RUBIO, M.**, *El criterio de la insignificancia en la teoría jurídica del delito: tres cuestiones a examen*, artículo inédito.
- **BUSTOS RUBIO, M.**, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Madrid, 2013.
- **BUSTOS RUBIO, M.**, “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal”, en *Revista Penal*, núm. 35, Enero 2015, Valencia, 2015.

- **BUSTOS RUBIO, M.**, “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de Derecho penal mínimo e inexigibilidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, Madrid, 2014.
- **BUSTOS RUBIO, M.**, “Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2015.
- **CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.**, *Derecho Penal, tomo II, Parte Especial*, Barcelona, 2001.
- **CARO JOHN, J.A.**, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1, Lima, 2003.
- **CARREÑO AGUADO, J.**, *El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad den la información social. Una propuesta de revisión del artículo 290 del Código Penal*, Madrid, 2013.
- **CASAS BARQUERO, E.**, *El delito de falsedad en documento privado*, Barcelona, 1984.
- **CASTRO MORENO, A.**, *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Madrid-Barcelona, 1998.
- **CASTRO MORENO, A.**, “El concepto penal de sociedad en los nuevos delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código Penal”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 31, Madrid, 1998.

- **CHAZARRA QUINTO, M.A.**, *Delitos contra la Seguridad Social*, Valencia, 2002.
- **CHOCLÁN MONTALVO, J.A.**, “Consumación y prescripción del delito fiscal”, en *Actualidad Penal*, núm. 10, Madrid, 2000.
- **CHOCLÁN MONTALVO, J.A.**, “Información societaria y protección penal del inversor”, en *La Ley*, 2002-7, D 264, Madrid, 2002.
- **CHOCLÁN MONTALVO, J.A.**, *La responsabilidad penal de los auditores de cuentas y asesores fiscales*, Sabadell (Barcelona), 2003.
- **COBO DEL ROSAL, M.**, “Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 56, Madrid, 1995.
- **COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1999.
- **CONDE TEJÓN, A.**, “Tema 2. Registro Mercantil”, en Mateo Hernández (coord.), *Introducción al Derecho de sociedades*, Madrid, 2011.
- **CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.**, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, Madrid, 1997.
- **CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.**, *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60*, Madrid, 2004.
- **CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), CARDENAL MONTRAVETA, FERNÁNDEZ BAUTISTA, GALLEGU SOLER, GÓMEZ MARTÍN y HORTAL IBARRA**, *Manual práctico de Derecho Penal Parte*

Especial. Doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados, Valencia, 2004.

- **CÓRDOBA RODA, J.**, *Comentarios al Código Penal, III*, Barcelona, 1978.
- **CUELLO CALÓN, E.**, *Derecho Penal. Parte Especial, tomo II*, Barcelona, 1976.
- **DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M^a.**, *Derecho Mercantil*, Navarra, 2008.
- **DE LA CUESTA RUTE, J.M^a.**, “Tema 9. Teoría general de sociedades mercantiles”, en De la Cuesta Rute (dir.), Valpuesta Gastaminza, Torribia Chalmeta y Llorente Gómez de Segura (coords.), *Derecho Mercantil I*, Barcelona, 2014.
- **DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M.**, “Tema 8. Publicidad legal: Registro Mercantil y Registro de Bienes Muebles”, en De la Cuesta Rute (dir.), Valpuesta Gastaminza, Torribia Chalmeta y Llorente Gómez de Segura (coords.), *Derecho Mercantil I*, Barcelona, 2014.
- **DE SOTO CARNIAGO, J.J.**, “El falseamiento en la información social en las sociedades mercantiles”, en *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Extremadura, 14-15, 1996-1997*, Cáceres, 1997.
- **DE VICENTE MARTÍNEZ, R.**, *Delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la Democracia*, Barcelona, 1996.

- **DEL MORAL GARCÍA, A.**, “Breve reflexión sobre la responsabilidad penal de los administradores”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. La responsabilidad del administrador en las sociedades* núm. 5, 3ª época, junio 97, Madrid, 1997.
- **DEL ROSAL BLASCO, B.**, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996.
- **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995”, en Del Rosal Blasco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Empresa y Derecho Penal (I), Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.
- **DEL ROSAL BLASCO, B.**, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998.
- **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en *Proyecto de Investigación número PB94-0379 de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica «Economía de las actividades delictivas y política criminal»*, Departamento de Economía de la Universidad Carlos III, <http://ruc.udc.es/dspace/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Rosal+Blasco%2C+Bernardo+del>, último acceso el día 10 de julio de 2015, publicado en 1998.
- **DÍAZ ECHEGARAY, J.L.**, *El Administrador de hecho de las Sociedades*, Pamplona, 2002.
- **DÍAZ ECHEGARAY, J.L.**, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid, 1997.

- **DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.**, *Problemas generales de aplicación a los delitos societarios*, Sevilla, 2002.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.**, *Instituciones de Derecho civil, volumen I*, Madrid, 1995.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.**, *Sistema de Derecho Civil, volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid, 2012.
- **DONNA, E.A.**, “El concepto de autoría y la Teoría de los aparatos de poder de Roxin”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2002.
- **ECHANO BASALDUA, J.I.**, “La falsedad en los documentos sociales del art. 290 CP: ¿delito de falsedad documental?”, en *Revista Vasca de la Administración Pública*, 87-88, Oñati, 2010.
- **EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE** (Bueyo Díez Jalón y Palomo Balda, colaboradores), *Responsabilidad de los administradores. Levantamiento de velo*, Madrid, 1998.
- **ENCINAR DEL POZO, M.A.**, “Cuestiones penales referidas a los administradores sociales”, en Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, *Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital. Recopilatorio de las ponencias dictadas con ocasión de las Jornadas de la AJFV. Oviedo, 16 y 17 de noviembre de 2006*, Madrid, 2007.

- **ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C., GARCÍA LLAMAS, M^a.C., JUAN I CASADEVALL, J., JUFRESA PATAU, F.P., y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C.**, “Delitos Societarios, de la Receptación y contra la Hacienda Pública. Artículos 290 a 310 del Código Penal”, *en Ganzenmüller Roig (dir.), Escudero Moratalla y Frigola Vallina (coords.), Colección de Comentarios al Código Penal de 1995, vol. 10*, Barcelona, 1998.
- **ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.**, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Barcelona, 2005.
- **FARALDO CABANA, P.**, *El delito societario de falsedad en los documentos sociales*, Valencia, 2003.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, Valencia, 2015.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000.
- **FARALDO CABANA, P.**, “Posibilidad de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, *en Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (dirs.), Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, 2008.
- **FARALDO CABANA, P.**, “Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del Código Penal de 1995”, *en*

VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998.

- **FARALDO CABANA, P.**, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004.
- **FEIJOO SÁNCHEZ, B.**, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, en el mismo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Montevideo-Buenos Aires, 2009.
- **FEIJOO SÁNCHEZ, B.**, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, en el mismo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Montevideo-Buenos Aires, 2009.
- **FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.**, “Aproximación al delito de administración fraudulenta (Art. 295 CP)”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002.
- **FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.**, “El Régimen de Responsabilidad de los Administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas” en *La responsabilidad del administrador en las sociedades*, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 5, 3ª época, junio-1997, Madrid, 1997.
- **FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª.**, “Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código penal)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 238, Madrid, 1996.

- **FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E.**, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006.
- **FERNÁNDEZ PANTOJA, P.**, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, 1996.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “El caso del Banco Español de Crédito: Un «banco de pruebas» para la determinación del sentido de los delitos societarios”, en Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “Las denominadas «actuaciones en lugar de otro» a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal”, Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “Las falsedades en la documentación social en el ámbito de los grupos de empresa”, en Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “Los créditos bancarios y el Derecho Penal”, en Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2002.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, 1998.
- **FERRÉ OLIVÉ, J.C.**, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Revista Penal*, núm. 33, Valencia, 2014.

- **FERRÉ OLIVÉ, J.C.**, *El delito contable*, Barcelona, 1988.
- **FERRÉ OLIVÉ, J.C.**, “Falsedades en la información social”, en *Actualidad Penal*, núm. 44, Barcelona, 1998.
- **FERRÉ OLIVÉ, J.C.**, “Sujetos responsables en los delitos societarios”, en *Revista Penal*, núm. 1, Valencia, 1998.
- **FIGUEIREDO DIAS, J.**, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el «Dominio de la Organización»”, en *Ferré Olivé y Anarte Borrallo (eds.), Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.
- **GALLEGO SÁNCHEZ, E.**, *Derecho mercantil. Parte primera*, Valencia, 2013.
- **GALLEGO SOLER, J.I.**, “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, en Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002.
- **GALLEGO SOLER, J.I.**, “Política criminal en materia de delitos societarios”, en Mir Puig S., Corcoy Bidasolo (dirs.) y Gómez Martín (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- **GALLEGO SOLER, J.I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002.
- **GARCÍA CANTIZANO, M^a.C.**, *Falsedades documentales*, Valencia, 1994.

- **GARCÍA CANTIZANO, M^a.C.**, *Falsedades Documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia, 1997.
- **GARCÍA CAVERO, P.**, “La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11/2009, Giessen, 2009.
- **GARCÍA CAVERO, P.**, *La responsabilidad penal del administrador de hecho: Criterios de imputación*, Zaragoza, 1999.
- **GARCÍA CAVERO, P.**, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otro particular”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2006, www.indret.com, último acceso el día 10 de julio de 2015, Barcelona, 2006.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, J.**, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996.
- **GARCÍA DEL BLANCO, V.**, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, 2006.
- **GARCÍA PÉREZ, O.**, *La punibilidad en el Derecho penal*, Madrid, 1997.
- **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Granada, 2003.

- **GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C.**, *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 2011.
- **GARCÍA VITOR, E.**, “La Tesis del «Dominio del Hecho a través de los aparatos organizados de poder»”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2002.
- **GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**, “El concepto de sociedad en la tipificación de los delitos societarios”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 389, Pamplona, 1999.
- **GARRAUD, R.**, *Traité theorique et pratique du droit Penal Francais*, tomo IV, París, 1922.
- **GARRETA SUCH, J.M^a.**, *La responsabilidad civil, fiscal, y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, 1997.
- **GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.**, “Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código penal”, en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996.
- **GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.**, “Delitos contra el orden socioeconómico. Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980.

- **GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.**, “Delitos societarios”, en *Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada 14, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2002.
- **GÓMEZ DE LIAÑO, F.**, *Diccionario jurídico*, Oviedo, 1996.
- **GÓMEZ GONZÁLEZ, O.T.**, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2001.
- **GÓMEZ LANZ, J., y OBREGÓN GARCÍA, A.**, “Aspectos controvertidos de la estructura dogmática de la infracción penal”, en *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, ICADE, Madrid, 2011.
- **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código Penal”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.) y VV.AA., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II*, Madrid-Barcelona, 2004.
- **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “Cuestiones actuales de Derecho penal económico: el principio de legalidad y remisiones normativas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, marzo de 2000, núm. 1 extraordinario, Madrid, 2000.
- **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “El delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP)”, en Gómez Pavón, Armendáriz León, Pedreira González, y Bustos Rubio, *Delitos contra la Seguridad Social y los derechos de los trabajadores*, Barcelona (en prensa, Ed. Bosch).

- **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, Cobos Gómez de Linares, Gómez Pavón, Manjón-Cabeza Olmeda y Martínez Guerra (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013.
- **GÓMEZ PAVÓN, P. y BUSTOS RUBIO, M.**, “El principio de legalidad y el criterio gramatical como límite a la interpretación penal”, en *Revista Penal México*, núm. 6, marzo-agosto de 2014, México D.F., 2014.
- **GÓMEZ RIVERO, M.C.**, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 2005.
- **GÓMEZ RIVERO, M.C. (coord.), CORTÉS BECHIARELLI, E., NIETO MARTÍN, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. y PÉREZ CEPEDA, A.I.**, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2010.
- **GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.**, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios”, en Vives Antón, Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac y Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2010.
- **GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.**, *Tomo VII. Esquemas de Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2010.
- **GONZÁLEZ GUERRA, C.**, “La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial”, en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes publicables?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, 2003.

- **GONZÁLEZ RUS, J.J.**, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero”, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial, tomo I*, Madrid, 1996.
- **GONZÁLEZ RUS, J.J.**, “Lección 17. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)”, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 2004.
- **GRACIA MARTÍN, L.**, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, tomo I*, Zaragoza, 1985.
- **GRACIA MARTÍN, L.**, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, tomo II*, Zaragoza, 1985.
- **GRACIA MARTÍN, L.**, “La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regularización vigente y propuestas de reforma”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al prof. José Antonio Sainz Cantero, núm. 12*, Granada, 1987.
- **GRACIA MARTÍN, L.**, “La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales”, en Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid, 2010.
- **HEREDERO HIGUERAS, J.L.**, *Los delitos financieros en la Jurisprudencia española*, Barcelona, 1969.

- **HUERTA TOCILDO, S.**, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997.
- **HUERTA TOCILDO, S.**, *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987.
- **JAKOBS, G.**, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
- **JAKOBS, G.**, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996.
- **JAEN VALLEJO, M.**, *Derecho Penal aplicado*, Lima, 2002.
- **JAÉN VALLEJO, M.**, “Las falsedades documentales”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.) y VV.AA., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II*, Madrid-Barcelona, 2004.
- **JAEN VALLEJO, M.**, “Sobre la <<falsedad ideológica>> (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002; <<caso Banesto>>”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 79, Madrid, 2003.
- **JESCHECK, H.H.**, *Tratado de Derecho penal, Tomo II*, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- **JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T.**, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. Olmedo Cardenete, Granada, 2002.

- **JIMÉNEZ VILLAREJO, C.**, “De los delitos societarios y contra los consumidores”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Las penas y el delito societario en el Código Penal*, núm. 1, 3ª época, abril-mayo 96, Madrid, 1996.
- **LACRUZ LÓPEZ, J.M.**, *Comportamiento omisivo y Derecho penal*, Madrid, 2004.
- **LARA GONZÁLEZ, R.**, “El falseamiento de la información social a través del informe de gestión”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra, 2002.
- **LASARTE ÁLVAREZ, C.**, *Principios de Derecho Civil, tomo I*, Madrid, 1992.
- **LASARTE ÁLVAREZ, C.**, *Principios de Derecho Civil, tomo I*, Madrid, 2000.
- **LASCANO, J.C.**, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2002.
- **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.**, “Capítulo XIII. De los delitos societarios”, en Conde-Pumpido Tourón (dir.) y López Barja de Quiroga (coord.), *Comentarios al Código Penal. Tomo 3. Arts. 205 al 318*, Barcelona, 2007.
- **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.**, “La malversación como delito de administración desleal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.

- **LÓPEZ GUERRA, L.**, *Introducción al Derecho constitucional*, Valencia, 1994.
- **LUZÓN CUESTA, J.M^a.**, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2011.
- **LUZÓN PEÑA, D.M.**, “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en Luzón Peña y Mor Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Navarra, 1995.
- **MANÓVIL, R.M.**, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, 1998, Buenos Aires.
- **MANZANARES SAMANIEGO, J.L.**, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia), II. Parte Especial (Artículos 138 a 639)*, Granada, 2010.
- **MAPELLI CAFFARENA, B.**, *Estudio jurídico dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990.
- **MARTÍNEZ PÉREZ, C.**, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989.
- **MARTÍNEZ PÉREZ, C.**, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Delitos societarios”, Consejo General del Poder Judicial, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid, 1996.

- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia, 1999.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, 2013.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, 2011.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, 2014.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “El delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Terradillos Basoco (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Madrid, 2001.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial*, Madrid, 1996.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta”, en VV.AA., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 1998.

- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Recesión a O. García Pérez, La punibilidad en el Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 2000.
- **MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.**, “Los delitos societarios en el Código Penal”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Las penas y el delito societario en el Código Penal*, núm. 1, 3ª época, abril-mayo 96, Madrid, 1996.
- **MARTOS NÚÑEZ, J.A.**, *Derecho penal económico*, Madrid, 1987.
- **MATA Y MARTÍN, R.M.**, “Los delitos societarios en el Código penal de 1995”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, año 1995-III, nº 5, Pamplona, 1995.
- **MAURACH, R.**, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971.
- **MAYO CALDERÓN, B.**, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal Español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2005.
- **MESTRE DELGADO, E.**, “XVII. Los delitos societarios”, en Lamarca Pérez (coord.), Alonso de Escamilla, Gordillo Álvarez-Valdés, Mestre Delgado y Rodríguez Núñez, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2011.
- **MILLÁN GARRIDO, A.**, “IV. Las sociedades mercantiles”, en Jiménez Sánchez (coord.), *Nociones de Derecho mercantil*, Madrid, 2014.

- **MIR PUIG, S.**, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2011.
- **MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.), ARMENDÁRIZ LEÓN, C., BELTRÁN NÚÑEZ, A., GÓMEZ LANZ, J., y OBREGÓN GARCÍA, A.**, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Barcelona, 2005.
- **MORALES PRATS, F.**, “Capítulo XIII. De los delitos societarios”, en Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Navarra, 2011.
- **MORÁN BOVIO, D.**, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990.
- **MORENO CANOVÉS, A. y RUIZ MARCO, F.**, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Zaragoza, 1996.
- **MORENO CHAMARRO, I.**, *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Madrid, 2005.
- **MORENO TORRES HERRERA, M.R.**, *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004.
- **MORILLAS CUEVA, L.**, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 1996.
- **MOYA JIMÉNEZ, A.**, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Barcelona, 2014.

- **MOYA JIMÉNEZ, A.**, *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcelona, 2010.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, “Delitos societarios”, en Gómez-Colomer y González Cussac (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana, 1997.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1996.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 2013.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, 1996.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones <<no desvinculadas al Derecho>>?”, en *Revista Penal*, núm. 6, año 2000, Valencia, 2000.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, “El error en el delito de defraudación tributaria en el artículo 349 del Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, Madrid, 1986.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, “La ideología de los Delitos contra el Orden Socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, Madrid, 1982.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Ferré Olivé y Anarte Borralló (edts.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.

- **MUÑOZ CONDE, F.**, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista Penal*, núm. 9, Enero 2002, Valencia, 2002.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, *Teoría general del delito*, Valencia, 2007.
- **MUÑOZ CUESTA, J.**, “El delito societario de falseamiento de las cuentas de la sociedad: relación con la falsedad documental. Estudio del art. 290 CP (RCL 1995, 3170)”, en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 4/2005 parte Comentario, Navarra, 2005.
- **MUSCO, E.**, “La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas”, en *Revista Penal*, núm. 5, año 2000, trad. y notas Sánchez López, Valencia, 2000.
- **NIETO MARTÍN, A.**, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996.
- **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *La estafa de crédito*, Valencia, 1998.
- **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”, en *Revista Penal*, núm. 10, Valencia, 2002.
- **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000.
- **OBREGÓN GARCÍA, A.**, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial*

referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy cualificadas, Madrid, 1998.

- **OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J.**, *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de la teoría del delito*, Madrid, 2012.
- **OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J.**, “Teoría general de la pena”, en Molina Blázquez (coord.), VV.AA., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Barcelona, 2005.
- **OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.**, *Derecho penal, parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1986.
- **PAVÓN HERRADÓN, D.**, *Aproximación al bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes. Posibilidad de un mismo bien jurídico con los delitos de quiebra*, Tesina inédita para la obtención del título de Diplomado en Estudios Avanzados de acuerdo con el programa de Doctorado Estudios de Ciencias Penales y Criminológicas, dirigido por Gómez Pavón, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid, 2004.
- **PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M^a.**, “Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo LXI, Madrid, 2008.
- **PERDICES HUETOS, A.**, “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002.

- **PÉREZ CEPEDA, A.I.**, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *Revista Penal*, núm. 9, Enero 2002, Valencia, 2002.
- **PÉREZ CEPEDA, A.I.**, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, 1997.
- **PÉREZ DEL VALLE, C.**, “Introducción al Derecho Penal Económico”, en Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005.
- **PÉREZ DEL VALLE, C.**, “El tipo subjetivo en la administración desleal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.
- **PÉREZ MANZANO, M. y MERCADER UGUINA, J.R.**, “El delito de defraudación a la Seguridad Social”, en *Comentarios a la Legislación penal. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, tomo XVIII, Madrid, 1997.
- **PÉREZ VALERO, I.**, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Valencia, 2001.
- **PORFIRIO CAPRIO, L.J.**, “Administradores de hecho y concurso: da mihi factum, dabo tibi ius”, en *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2011.
- **PORTERO HENARES, M.**, “El concepto de sociedad en el Código Penal”, en *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, Vigo, 2002.

- **PRAT WESTERLINDH, C.**, “Responsabilidad penal de los auditores. El informe de auditoría falso”, en *La Ley Penal*, núm. 54, noviembre-2008, Madrid, 2008.
- **QUERALT JIMÉNEZ, J.J.**, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010.
- **QUERALT JIMÉNEZ, J.J.**, “La crisis jurisprudencial de la falsedad documental”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra, 2002.
- **QUERALT JIMÉNEZ, J.J.**, “La falsedad documental: una aporía casacional”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.) y VV.AA., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II*, Madrid-Barcelona, 2004.
- **QUINTANO RIPOLLÉS, A.**, *La falsedad documental*, Madrid, 1952.
- **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español”, en Muñoz Conde (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Falsedad y defraudaciones, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995.
- **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Sobre la falsedad en documento privado”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 75, núm. 1, Barcelona, 1976.
- **RÍOS CORBACHO, J.M.**, “Algunas reflexiones sobre el delito del falseamiento de cuentas (art. 290 CP)”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, Navarra, 2005.

- **RÍOS CORBACHO, J.M.**, “Los delitos societarios: una aproximación al sujeto activo”, en *Revista Jurídica Región de Murcia*, núm. 26, Murcia, 1999.
- **ROBLES PLANAS, R.**, “Tema 10. Delitos contra el patrimonio (I), en Silva Sánchez (dir.) y Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2011.
- **ROCA AGAPITO, L.**, “Lección 24ª. Delitos societarios”, en Álvarez García (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), VV.AA., *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Valencia, 2011.
- **RODRÍGUEZ DEVEESA, J.Mª.**, *Derecho penal español. Parte especial*, Valladolid, 1966.
- **RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.**, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Barcelona, 2008.
- **RODRÍGUEZ MONTAÑES, T.**, “Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 49, Madrid, 1996.
- **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.**, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997.
- **RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.**, “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 37, Madrid, 1984.

- **RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.**, “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.
- **RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.**, *Estudios de Derecho penal económico*, Navarra, 2009.
- **RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G.**, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, “La administración desleal del artículo 295 del Código Penal”, en *La administración desleal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, “Lección XXIII. Delitos societarios”, en Rodríguez Ramos, Cobos Gómez de Linares y Sánchez Tomás, *Derecho penal. Parte especial III*, Madrid, 1999.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, *Justicia penal. Comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1990.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, “Los nuevos delitos pseudosocietarios”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Las penas y el delito societario en el Código Penal, núm. 1, 3ª época, abril-mayo 96*, Madrid, 1996.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, 2001.

- **ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.**, “Lección 7. La contabilidad (II). Las cuentas anuales. Los principios contables y la auditoría de cuentas”, en Menéndez Menéndez y Rojo Fernández-Río (dirs.), y Aparicio González (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Navarra, 2014.
- **ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.**, “Lección 8. El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento”, en Menéndez Menéndez y Rojo Fernández-Río (dirs.), y Aparicio González (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Navarra, 2014.
- **ROMERO SOTO, L.E.**, *La falsedad documental conforme al nuevo Código Penal*, Colombia, 1982.
- **ROXIN C.**, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, 2000.
- **ROXIN, C.**, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Navarra, 2006.
- **ROXIN, C.**, *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, trad. y notas Luzón Peña (dir.) / Paredes Castañón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Navarra, 2014.
- **ROXIN C.**, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, 1973.
- **ROXIN C.**, *Leipziger Kommentar, 10 Aufl.*, Berlín, 1979.

- **ROXIN, C.**, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Ferré Olivé y Anarte Borralló (edts.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.
- **ROXIN C.**, *Strafrecht AT. I*, München, 1994.
- **ROXIN C.**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Belín-New York, 1999.
- **RUIZ DE VELASCO, A.**, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 2007.
- **SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a.B.**, “El delito de fraude de subvenciones”, en *Comentarios a la Legislación penal. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*, tomo XVIII, Madrid, 1997.
- **SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a.**, “Los Delitos Societarios”, en *Revista de Derecho de Sociedades. Colección de monografías*, núm. 6, Pamplona, 1996.
- **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I (Introducción, Empresa y Sociedades)*, Madrid, 1999.
- **SANCHEZ CALERO, F.**, *Principios de Derecho mercantil, Tomo I* (edición revisada por Sánchez-Calero Guilarte), Navarra, 2014.
- **SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.**, *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Navarra, 2010.
- **SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.**, *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Navarra, 2013.

- **SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.**, “Lección 44^a. Los delitos de falsedad documental”, en Álvarez García (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011.
- **SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.**, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, 2002.
- **SCHUMANN, H.**, “Responsabilidad individual en la gestión de las empresas”, en Mir Puig, S., y Luzón Peña (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996.
- **SCHÜNEMANN, B.**, *Grund und Grezen der unechten Unterlassungdelikte*, Göttingen, 1971.
- **SCHÜNEMANN, B.**, *Leipziger Kommentar, 11 Aufl.*, Berlín, 1993.
- **SEQUEROS SAZATORNIL, F.**, *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, 2006.
- **SEQUEROS SAZATORNIL, F.**, “El alumbramiento de los delitos societarios: juicio crítico sobre la necesidad y oportunidad de su regulación”, en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 2004.
- **SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J.**, *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, 2013.

- **SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2011.
- **SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.**, “Artículo 305 del Código Penal”, en Serrano González de Murillo y Cortés Bechiarelli, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2002.
- **SERRANO TÁRRAGA, M^a.D.**, “Lección 21. Delitos societarios”, en Serrano Gómez, Serrano Maíllo, Serrano Tárraga y Vázquez González, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2012.
- **SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.**, “El actuar en lugar de otro en el nuevo Código Penal Español”, en Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998.
- **SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.**, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Buenos Aires, 2003.
- **SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.**, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2013.
- **SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.**, *Instituciones de Derecho penal*, México, 2001.
- **SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.**, “La situación jurídica del empresario en el nuevo Código Penal (II)”, en *Expansión de 24 de mayo de 1996*.
- **SOUTO GARCÍA, E.M^a.**, “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP (especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la

sociedad)”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, A Coruña, 2005.

- **SUÁREZ GONZÁLEZ, C.**, “Aspectos político-criminales de los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, en Corcoy Bidasolo (dir.) y Lara González (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Navarra 2002.
- **SUÁREZ GONZÁLEZ, C.**, “Delitos societarios”, en Bajo Fernández (dir.), VV.AA., *Compendio de Derecho penal (Parte especial), Volumen II*, Madrid, 1998.
- **SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.**, *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, Navarra, 2011.
- **TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.**, *Delitos societarios: el derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid, 1987.
- **TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.**, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995.
- **TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.**, “Los delitos societarios”, en Del Rosal Blasco (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Valencia, 1997.
- **TIEDEMANN, K.**, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Valencia, 2010.

- **TIEDEMANN, K.**, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I*, Allgemeiner Teil, Hamburgo, 1976.
- **VALLE MUÑIZ, J.M.**, “Capítulo XIII: De los delitos societarios”, en Quintero Olivares (dir.) y Valle Muñiz (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.
- **VALLE MUÑIZ, J.M.**, “La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1995.
- **VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.**, “De los delitos societarios”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Pamplona, 2002.
- **VICENT CHULIÁ, F.**, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1991.
- **VIDALES RODRÍGUEZ, C.**, “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 21, Santiago de Compostela, 1998.
- **VILLACAMPA ESTIARTE, C.**, “Delitos societarios” en Quintero Olivares, Carbonell Mateu, Morales Prats, García Rivas, Álvarez García (dirs.) Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), *Esquemas de la Parte especial del Derecho penal (I). Tomo XXXII*, Valencia, 2011.

- **VILLACAMPA ESTIARTE, C.**, “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en Álvarez García (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda y Ventura Püschel (coords.), *La adecuación el Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia 2009.
- **VOLK, K.**, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus” en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985.
- **VV.AA.**, en De la Cuesta Rute (dir.), Valpuesta Gastaminza, Torribia Chalmeta y Llorente Gómez de Segura (coords.), *Derecho Mercantil I*, Barcelona, 2014.
- **VV.AA.**, en Jiménez Sánchez y Díaz Moreno (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2014.
- **VV.AA.**, en Uría González y Menéndez Menéndez (dirs.) y Aparicio González (coord.), *Curso de Derecho Mercantil I. Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades*, Navarra, 2006.
- **WELZEL, H.**, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969.
- **WELZEL, H.**, “Studien zum System des Strafrechtes”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 58, 1939.
- **ZIPF, H.**, *Kriminalpolitik*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980.

- **ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.**, “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 59, Madrid, 1996.
- **ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.**, “Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades”, en Sánchez López y Diego Díaz-Santos (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Salamanca, 2000.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 25 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6013).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 10 de junio de 2014 (RJ 2014\3412).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013\3508).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\4339).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2012 (RJ 2013\486).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9453).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\696).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 12 de julio de 2012 (RJ 2012\8038).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\9034).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2048).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de octubre de 2011 (RJ 2011\7080).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 25 de junio de 2011 (RJ 2010\2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 18 de febrero de 2011 (RJ 2011\2374).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 25 de junio de 2010 (RJ 2010\7169).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2010 (RJ 2010\662).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5991).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6989).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 17 de junio de 2009 (RJ 2009\5973).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009\4822).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009\45).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 13 de junio de 2008 (RJ 2008\3655).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 25 de junio de 2007 (RJ 2007\6973).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de enero de 2007 (RJ 2007\1586).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006\6486).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de julio de 2006 (RJ 2006\7317).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 14 de julio de 2006 (RJ 2006\6088).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 22 de junio de 2006 (RJ 2006\4946).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 24 de junio de 2005 (RJ 2005\6896).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4402).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de enero de 2005 (RJ 2005\4778).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005\1084).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8091).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004\8003).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 12 de junio de 2004 (JUR 2005\2161).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7661).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7573).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 9 de octubre de 2003 (RJ 2003\7233).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 14 de abril de 2003 (RJ 2003\4659).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de julio de 2002 (RJ 2002\6357), caso Banesto.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 12 de julio de 2002 (RJ 2002\8426).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 14 de julio de 2000 (RJ 2000\6583).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999\2095).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 30 de junio de 1998 (RJ 1998\5605).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 10 julio de 1996 (RJ 1996\5955).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8387).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 marzo 1992 (RJ 1992\2373).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8792).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8857).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de septiembre de 1983 (RJ 1983\ 4554).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de mayo de 1982 (RJ 1982\2691).

AUDIENCIA NACIONAL

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 31 de marzo de 2000 (ARP 2000\107).

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 2 de julio de 2015 (JUR 2015\186583).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 7 de mayo de 2015 (JUR 2015\137357).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de abril de 2015 (JUR 2015\151960).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 20 de febrero de 2015 (JUR 2015\97136).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de febrero de 2015 (ARP 2015\268).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 28 de enero de 2015 (JUR\ 2015\141018).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 21 de julio de 2014 (ARP 2014\1246).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 9 de junio de 2014 (ARP 2014\682).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014\278567).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de mayo de 2014 (JUR 2014\180400).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 3 de abril de 2014 (JUR 2014\20649).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de marzo de 2014 (ARP 2014\1262).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Illes Balears, de 23 de diciembre de 2013 (ARP 2013\1560).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013\209274).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 9 de mayo de 2013 (JUR 2013\167482).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013\214480).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 de marzo de 2013 (ARP 2013\541).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de marzo de 2013 (ARP 2013\497).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\133489).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 6 de febrero de 2013 (JUR 2013\114320).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 5 de febrero de 2013 (JUR 2013\265235).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de enero de 2013 (ARP 2013\301).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\95098).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de julio de 2012 (ARP 2012\1158).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de junio de 2012 (ARP 2012\750).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 30 de abril de 2012 (ARP 2012\1224).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\363456).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de diciembre de 2011 (ARP 2012\68).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 24 de noviembre de 2011 (ARP 2012\146).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 27 de octubre de 2011 (JUR 2011\351797).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2011 (JUR 2011\351208).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1191).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 6 de julio de 2011 (JUR 2011\319319).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de mayo de 2011 (JUR 2012\331184).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de abril de 2011 (ARP 2011\743).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 4 de abril de 2011 (ARP 2011\302731).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\170181).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 5 de enero de 2011 (AC 2011\240).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 21 de diciembre de 2010 (JUR 2011\251942).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 17 de diciembre de 2010 (JUR 2010\68550).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 22 de noviembre de 2010 (ARP 2011\212).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 12 de noviembre de 2010 (ARP 2011\56082).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 3 de noviembre de 2010 (ARP 2011\195).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 27 de octubre de 2010 (JUR 2011\351797).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 11 de junio de 2010 (ARP 2010\1307).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de mayo de 2010 (JUR 2010\313834).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 de marzo de 2010 (ARP 2010\1295).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 16 de marzo de 2010 (ARP 2010\868).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de noviembre de 2009 (ARP 2010\353).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de octubre de 2009 (ARP 2010\240).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de septiembre de 2009 (AC 2009\2227).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 11 de septiembre de 2009 (JUR 2009\446188).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de septiembre de 2009 (ARP 2010\233).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2009 (JUR 2009\407762).
- Sentencia del Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de junio de 2009 (ARP 2009\1085).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 2009 (ARP 2009\792).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 31 de marzo de 2009 (ARP 2009\758).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 5 de marzo de 2009 (JUR 2009\261692).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 5 de febrero de 2009 (ARP 2009\929).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2010\103038).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Illes Balears, de 31 de julio de 2008 (JUR 2009\95348).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 11 de julio de 2008 (ARP 2008\524).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de julio de 2008 (ARP 2008\434).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, de 16 de junio de 2008 (JUR 2009\10702).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 5 de junio de 2008 (JUR 2009\18487).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de abril de 2008 (JUR 2008\197843).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de marzo de 2008 (JUR 2008\143549).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de febrero de 2008 (JUR 2008\165784).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de febrero de 2008, (JUR 2008\183856).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 4 de febrero de 2008, (JUR 2009\266).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 25 de octubre de 2007 (JUR 2008\78653).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 4 de octubre de 2007, (JUR 2008\48606).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008\59536).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de julio de 2007 (JUR 2007\336099).
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona, de 23 de julio de 2007 (ARP 2007\709).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 3 de julio de 2007 (JUR 2008\185126).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de marzo de 2007 (JUR 2008\210035).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 19 de febrero de 2007 (JUR 2008\126504).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007\250009).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 12 de febrero de 2007 (JUR 2007\175752).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de enero de 2007 (ARP 2007\312).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de noviembre de 2006 (ARP 2007\123309).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de junio de 2006 (JUR 2007\9394).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 7 de abril de 2006 (JUR 2006\152666).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de abril de 2006 (JUR 2006\152688).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 31 de marzo de 2006 (JUR 2006\231343).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de marzo de 2006 (JUR 2007\266544).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de febrero de 2006 (JUR 2006\134093).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de octubre de 2005 (ARP 2006\598).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de septiembre de 2005 (JUR 2005\275850).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de julio de 2005 (ARP 2006\495).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de julio de 2005 (JUR 2005\249013).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de julio de 2005 (JUR 2005\249017).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 7 de julio de 2005 (JUR 2005\205254).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\264543).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\213686).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 9 de marzo de 2005 (JUR 2005\165677).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 23 de febrero de 2005 (JUR 2005\165823).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de noviembre de 2004 (ARP 2004\685).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004\281563).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 22 de julio de 2004 (JUR 2004\243564).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 8 de julio de 2004 (JUR 2004\306068).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de mayo de 2004 (JUR 2005\239620).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 22 de abril de 2004 (JUR 2004\151163).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de enero de 2004 (JUR 2004\261365).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003\31885).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 11 de junio de 2002 (JUR 2002\210889).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 27 de abril de 2002 (JUR 2002\156876).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de marzo de 2002 (JUR 2002\176075).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 22 de febrero de 2002 (JUR 2002\116704).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 2 de febrero de 2002 (RJ 2002\99601).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 21 de enero de 2002 (RJ 2002\218053).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2002\45601).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 1 de diciembre de 2001 (ARP 2002\295).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 30 de octubre de 2001 (JUR 2001\333039).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 28 de septiembre de 2001 (JUR 2002\107272).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de septiembre de 2001 (JUR 2001\327152).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de junio de 2001 (ARP 2001\632).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001\199017).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 31 de marzo de 2001 (ARP 2001\349).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Illes Balears, de 30 de marzo de 2001 (JUR 2001\209054).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 16 de febrero de 2001 (JUR 2001\125466).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001\60869).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 31 de mayo de 2000 (JUR 2000\240441).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 28 de julio de 1998 (ARP 1998\4118).

JUZGADO DE LO PENAL

- Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona, de 14 de marzo de 2014 (ARP 2014\443).
- Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona, de 14 de marzo de 2014 (ARP 2014\269).

INFORMES Y RESOLUCIONES

- **FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**, Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, “Alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal”, en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1998.